

HET JURIDISCH BEGRIP VAN GODSDIENST

Het juridisch begrip van godsdienst

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor

aan de Radboud Universiteit Nijmegen

op gezag van de rector magnificus prof. dr. J.H.J.M. van Krieken,

volgens besluit van het college van decanen

in het openbaar te verdedigen op vrijdag 21 september 2018

om 12.30 uur precies

door

Adriaan Vleugel

geboren op 5 februari 1983

te Tiel



Deventer 2018

Promotoren:
Prof. mr. B.P. Vermeulen
Prof. mr. R.J.B. Schutgens

Manuscriptcommissie:
Prof. dr. S.C. van Bijsterveld
Prof. mr. dr. F.T. Oldenhuis (Rijksuniversiteit Groningen)
Prof. mr. H.J.B. Sackers
Mr. J.L.W. Broeksteeg
Dr. R.B.J. Tinnevelt

Ontwerp omslag: Cremers visuele communicatie, Nijmegen
Lay-out: Hannie van de Put

ISBN: 978-90-13-15101-5
E-book: 978-90-13-15102-2
NUR: 823-301

© 2018, A. Vleugel

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

1 | Inhoudsopgave

DEEL I. INLEIDING EN ONDERZOEKSOPZET

1	INLEIDING EN ONDERZOEKSOPZET	3
1.1	De verankering van rechten met een religieus object in de nationale rechtsorde	3
1.2	Maatschappelijke ontwikkelingen	4
1.3	Probleemstelling	6
1.4	Onderzoeksvragen	12
1.5	Relevantie onderzoek	13
1.6	Afbakening van het onderzoek	15
1.7	Structuur en methode van onderzoek	19

DEEL II. THEORETISCH KADER

2	FACTOREN IN HET RECHT DIE BEPALEN WANNEER HET BEGRIIP GODSDIENST WORDT UITGELEGD	25
2.1	Wanneer wordt het begrip godsdienst uitgelegd?	25
2.2	De reikwijdte van de grondrechtsobjecten van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet	27
2.2.1	Inleiding	27
2.2.2	Forum internum en forum externum	28
2.2.3	Het grondrechtsobject op theoretisch en praktisch niveau	31
2.2.4	Is er sprake van een godsdienstige of levensbeschouwelijke 'leer' of 'traditie'?	33
2.2.5	Is er sprake van een direct verband tussen de godsdienstige leer en de betreffende uiting of gedraging?	40
2.2.6	Communicerende vaten	44
2.2.7	Verschil in reikwijdte tussen artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet	46
2.2.8	De context van de godsdienstvrijheid	48
2.2.9	De leer van de redelijke uitleg van grondrechten	50
2.2.10	De reikwijdte van de grondwettelijke termen 'belijden' en 'vrijheid'	53
2.2.11	Discrepancie in de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM tussen de verdragsstaten	58
2.2.12	Reikwijdte-overlap en reikwijdte-afbakening	60
2.3	De samenloop van de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM) met het discriminatieverbod (artikel 14 EVRM)	62

2.4	De organisatorische of inrichtings-dimensie van de godsdienstvrijheid	64
3	WIJZEN WAAROP HET BEGRIIP GODSDIENST WORDT UITGELEGD	67
3.1	Inleiding	67
3.2	Subjectiverende uitleg	67
3.2.1	Leerstuk van interpretatieve terughoudendheid	67
3.2.2	Opvattingen van justitiabele leidend	69
3.2.3	Onvoorspelbaarheid	71
3.3	Objectiverende uitleg	72
3.3.1	Uitleg op basis van algemene erkenning	72
3.3.2	Opvattingen in de literatuur	74
3.4	Autonome uitleg	76
3.5	Voor- en nadelen van de verschillende wijzen waarop het begrip godsdienst kan worden uitgelegd	77
3.6	Huidige trend: subjectivering of toch (ook) objectivering?	80
4	HET JURIDISCHE BEGRIIP VAN GODSDIENST BINNEN VERSCHILLENDE FILOSOFISCHE IDEEAALTYPEN	89
4.1	Inleiding	89
4.2	Het theocratische perspectief	91
4.2.1	Staatsgodsdienst	91
4.2.2	Het einde van de geestelijke en wereldlijke dominantie van de katholieke kerk	92
4.3	Liberaal gezindtepluralisme	94
4.3.1	Individuele rechten	95
4.3.2	Scheiding tussen publiek en privaat domein	95
4.3.3	Neutraliteit	97
4.3.4	Tolerantie	102
4.4	Secularisme	105
4.4.1	Seculier recht	105
4.4.2	Seculiere staat	106
4.5	Communautarisme	108
4.5.1	Collectief begrip van godsdienst	108
4.5.2	Millet-systeem	110
4.5.3	Het katholieke subsidiariteitsbeginsel en het gereformeerde beginsel van soevereiniteit in eigen kring	111
4.6	Accommodationisme	116
4.6.1	Twee benaderingen van religieus pluralisme	116
4.6.2	Accommodationisme versus liberaal gezindte pluralisme	118

DEEL III. POSITIEFRECHTELIJKE ANALYSE

5	AANVRAAG VERBLIJFSVERGUNNING ASIEL	123
5.1	Inleiding	123
5.2	De definitie van 'godsdienst' in wet- en regelgeving omtrent de asielprocedure	124
5.3	Kwalificatie van de overtuiging en praxis van een vreemdeling als godsdienstig	128
5.3.1	Inleiding	128
5.3.2	Kwalificatie van de overtuiging en praxis als godsdienst op grond van 'openbare bronnen'	128
5.3.3	Legitimatie van de objectiverende kwalificatie	134
5.4	Hiërarchische rangschikking van godsdienstige uitingen en gedragingen	135
5.4.1	Inleiding	135
5.4.2	Forum internum en forum externum	137
5.4.3	Onderscheid forum externum en forum internum in de Nederlandse rechtspraak	139
5.4.4	Verschil in benadering tussen het EHRM en HvJEU	142
5.5	Conclusie	144
5.5.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	144
5.5.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	146
6	RITUELE SLACHT	149
6.1	Inleiding	149
6.2	De definitie van rituele slacht in de regelingen van de EU, de Raad van Europa en de nationale wetgever	150
6.3	De wetshistorische betekenis van rituele slacht	154
6.4	De kwalificatie rituele slacht in nationale rechtspraak	157
6.5	De kwalificatie rituele slacht in de jurisprudentie van het EHRM	160
6.5.1	Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk	160
6.5.2	Een objectiverende kwalificatie van ritueel slachten	161
6.5.3	Ritueel slachten en het consumeren van ritueel geslacht vlees	162
6.6	De betekenis van rituele slacht in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van Thieme	163
6.6.1	Duiding rituele slacht door Thieme	163
6.6.2	Is de onverdoofde rituele slacht een uitdrukkelijke expressie van godsdienst?	164
6.6.3	Ommezwaai	166
6.6.4	Wijze waarop het begrip godsdienst wordt geduid	167

6.7	Conclusie	168
6.7.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	168
6.7.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	170
7	KLEDING EN OMGANGSVORMEN ALS UITING VAN GODSDIENST	171
7.1	Inleiding	171
7.2	Kwalificatie van het dragen van een boerka als uiting van godsdienst door de (mede-)wetgever	172
7.2.1	Inleiding	172
7.2.2	Pogingen tot het instellen van een boerkaverbod	173
7.2.3	Een objectiverende of subjectiverende kwalificatie?	174
7.2.4	Legitimatatie voor de wijze van kwalificeren van de boerka in de verschillendewetsvoorstellen	177
7.3	Kwalificatie van kleding en omgangsvormen als uiting van godsdienst in de jurisprudentie	177
7.3.1	Inleiding	177
7.3.2	Kwalificatie van de boerka als godsdienstige uiting door het EHRM	178
7.3.3	Kwalificatie van de boerka als godsdienstige uiting in nationale jurisprudentie	180
7.3.4	Kwalificatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst door de CGB	183
7.3.5	Kwalificatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst door de nationale rechter	186
7.3.6	Kwalificatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst door het EHRM	190
7.3.7	Legitimatatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst in de jurisprudentie	193
7.4	Conclusie	194
7.4.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	194
7.4.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	196
8	DE EEDSAFLEGGING	199
8.1	Inleiding	199
8.2	De uitleg van de eed en de belofte	200
8.3	De uitleg van de vorm van de aflegging van de eed en de belofte	201
8.4	Uitzonderingen op de Wet vorm en eed	203
8.5	Conclusie	206
8.5.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	206
8.5.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	207

9	VERBOD OP GODSLASTERING	209
9.1	Inleiding	209
9.2	Het godsbegrip van de wetgever van 1932	210
9.3	Legitimatie van de dynamisch-objectiverende definiëring	214
9.3.1	Drie motieven	214
9.3.2	Positieve verplichting godsdienstvrijheid	215
9.3.3	Soevereiniteit in eigen kring	216
9.3.4	Openbare orde	218
9.4	Het godsbegrip volgens de wetgever van 2014	219
9.5	Verskil tussen de benadering van de wetgever van 2014 en die van 1932	222
9.6	Het godsbegrip in de nationale rechtspraak over artikel 147 Sr	223
9.7	Conclusie	227
9.7.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	227
9.7.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	227
10	DE BELEDIGINGS- EN DISCRIMINATIEDELICTEN	229
10.1	Inleiding	229
10.2	De definiëring van het groepskenmerk 'godsdienst of levensovertuiging' door de wetgever	229
10.3	Kwalificatie van een groepskenmerk als godsdienst of levensbeschouwing door de rechter	234
10.4	Conclusie	237
10.4.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	237
10.4.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	237
11	BELEDIGENDE UITLATINGEN INGEGEVEN DOOR EEN GODSDIENSTIGE OVERTUIGING	239
11.1	Inleiding	239
11.2	Het echtpaar Goeree	240
11.3	Uitgangspunten in de recentere jurisprudentie over beledigende religieus geïnspireerde uitlatingen	242
11.4	Kwalificatie van de achtergrond van beledigende uitlatingen als godsdienstig	244
11.5	Conclusie	248
11.5.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	248
11.5.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	249

12	PSYCHISCHE OVERMACHT VANWEGE EEN GODSDIENSTIGE OVERTUIGING	251
12.1	Inleiding	251
12.2	Rubricering van gewetensbezwaar of gewetensdrang als psychische overmacht	252
12.3	Kwalificatie van het religieuze element in het gewetensbezwaar of het gewetensdrang	253
12.4	Conclusie	257
12.4.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	257
12.4.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	258
13	HET KERKGENOOTSCHAP	259
13.1	Inleiding	259
13.2	De definitie kerkgenootschap in wetgeving	259
13.3	De kwalificatie kerkgenootschap in jurisprudentie	264
13.4	Conclusie	268
13.4.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	268
13.4.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	270
14	INRICHTINGSVRIJHEID VAN HET KERKGENOOTSCHAP	271
14.1	Inleiding	271
14.2	Ontstaansgeschiedenis en legitimatie kerkelijke autonomie	272
14.3	De relatie van het 'zelfstandig onderdeel' met godsdienst	276
14.4	Kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig als gevolg van de autonomie van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen	280
14.4.1	Inleiding	280
14.4.2	Zelfdefinitie door de erkenning van het statuut	282
14.4.3	Zelfdefinitie maar geen toepassing van het kerkrecht	287
14.4.4	Geen zelfdefinitie en geen toepassing van het kerkrecht	289
14.5	Conclusie	290
14.5.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	290
14.5.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	292
15	ANBI-STATUS	293
15.1	Inleiding	293
15.2	Definiëring van kerkelijke of levensbeschouwelijke instellingen door de wetgever	293
15.3	De kwalificatie van de doelstelling en de feitelijke omstandigheden van een instelling als religieus in de jurisprudentie	297
15.4	Legitimatie van de kwalificatie van de doelstelling en de feitelijke activiteiten als religieus	304

<i>Inhoudsopgave</i>	xi
15.5 Conclusie	306
15.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?	306
15.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	307
16 DE EREDIENSTVRIJSTELLING VOOR DE ONROERENDEZAAKBELASTING (OZB)	309
16.1 Inleiding	309
16.2 Kwalificatie als 'Onroerende zaak die in hoofdzaak is bestemd voor de openbare eredienst of openbare bezinningssamenkomst'	310
16.2.1 'Eredienst'	310
16.2.2 'Bezinningssamenkomst'	312
16.2.3 'Onroerende zaak'	315
16.2.4 Wanneer is een onroerende zaak in hoofdzaak bestemd voor de openbare eredienst of het houden van bezinnings-samenkomsten?	316
16.3 Legitimatie van de kwalificatie 'Onroerende zaak die in hoofdzaak is bestemd voor de openbare eredienst of openbare bezinningssamenkomst'	319
16.4 Conclusie	320
16.4.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?	320
16.4.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	321
17 OPENBAAR ONDERWIJS	323
17.1 Inleiding	323
17.2 Ontstaan artikel 23 Grondwet	323
17.3 Openbaar onderwijs	325
17.4 De kwalificatie godsdienst(ig) in het openbaar onderwijs	326
17.5 Conclusie	331
17.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?	331
17.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	331
18 BIJZONDER ONDERWIJS	333
18.1 Inleiding	333
18.2 Vrijheid van richting	333
18.3 Richting in de regeling over het leerlingenvervoer	337
18.4 Richtingsbezwaren tegen de leerplicht	342
18.5 De vrijheid van oprichting	349
18.6 De uitleg van de grondwettelijke term 'richting' bij de oprichting van een bijzondere school	351

18.7	Conclusie	357
18.7.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	357
18.7.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	360
19	DE INRICHTINGSVRIJHEID VAN HET BIJZONDER ONDERWIJS	361
19.1	Inleiding	361
19.2	Vrijheid in de keuze van leermiddelen	363
19.3	Vrijheid in de keuze van onderwijzers en leerlingen	364
19.4	Kwalificatie van de grondslag van een bijzondere school die onderscheid maakt bij de selectie van onderwijzers en leerlingen	366
19.4.1	Voorwaarden voor het maken van onderscheid	366
19.4.2	Selectie van leerlingen	367
19.4.3	Selectie van leerkrachten	369
19.5	Conclusie	371
19.5.1	Wat is het juridische begrip van godsdienst?	371
19.5.2	Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?	372
	DEEL IV. CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN DE SUBVRAGEN	
20	CONCLUSIES NAAR AANLEIDING VAN DE SUBVRAGEN	377
20.1	Analyse van het juridische begrip van godsdienst	377
20.1.1	Onderwerpen waarbij een meer objectief begrip van godsdienst beïnvloed wordt door een subjectiverende trend	378
20.1.2	Onderwerpen waarbij reeds vanaf de totstandkoming overwegend een subjectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd	382
20.1.3	Onderwerpen waarbij een toenemende subjectiverende invloed op het begrip van godsdienst gecorrigeerd wordt door een objectiverende tegenbeweging	383
20.1.4	Onderwerpen waarbij een meer objectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd	385
20.1.5	Onderwerpen waarbij geen consistent begrip van godsdienst valt te ontwaren	389
20.2	Politiek-filosofische duiding van het begrip godsdienst	390
20.2.1	Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst (in toenemende mate) met het accommodationistische ideaaltype kan worden geassocieerd	392
20.2.2	Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst in verband kan worden gebracht met het communautaristische ideaaltype	394

20.2.3	Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst deels geassocieerd kan worden met het accommodationistische ideaaltype en deels met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme	395
20.2.4	Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst gerelateerd kan worden aan het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme	397
20.2.5	Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst in verband kan worden gebracht met het seculiere ideaaltype	400
20.2.6	Onderwerpen die niet in een politiek-filosofisch kader kunnen worden geplaatst	401
20.3	Nadere duiding	402
DEEL V. BEANTWOORDING VAN DE HOOFDVRAAG		
21	WELK BEGRIIP VAN GODSDIENST ZOU HET RECHT MOETEN HANTEREN?	407
21.1	Inleiding	407
21.2	Een subjectief godsdienstbegrip?	407
21.2.1	Rechtszekerheid	407
21.2.2	Een traditioneel godsdienstbegrip	408
21.2.3	Een collectivistisch godsdienstbegrip	410
21.2.4	Een individualistisch godsdienstbegrip	412
21.2.5	Zelfdefinitie als essentieel onderdeel van de godsdienstvrijheid	413
21.3	Gevaren van een volledig gesubjectieerd godsdienstbegrip	418
21.3.1	Misbruik van rechten met een religieus object	419
21.3.2	Aanhangers van maatschappelijk gezien ongewenste godsdiensten	419
21.3.3	Toename claims met een religieus karakter	421
21.3.4	Vrees voor minder goede bescherming van godsdienstige uitingen en gedragingen ten gevolge van een subjectief godsdienstbegrip	422
21.4	Aanbevelingen	427
21.4.1	Minimale objectivering van het godsdienstbegrip	428
21.4.2	Oprechtheidstoets	431
21.4.3	Beperkingsclausule	434
21.5	Conclusie	437
SAMENVATTING		439
SUMMARY		445
LITERATUUR		451

JURISPRUDENTIEREGISTER	469
TREFWOORDENREGISTER	479
DANKWOORD	483
CURRICULUM VITAE	485

Deel I
Inleiding en onderzoeksopzet

1.1 DE VERANKERING VAN RECHTEN MET EEN RELIGIEUS OBJECT IN DE NATIONALE RECHTSORDE

Sinds de Unie van Utrecht (1579) bestaat er in Nederland een codificatie van wat men nu het grondrecht op de godsdienstvrijheid pleegt te noemen. Aanvankelijk had deze vrijheid vooral betrekking op de privésfeer van het individu (gewetensvrijheid); later kreeg zij ook betekenis voor het publieke domein.¹ Door de geschiedenis heen heeft de godsdienstvrijheid zich op het niveau van formele wetgeving langzamerhand en met tussenpozen gedifferentieerd in tal van rechtsgebieden. Met name ten tijde van de verzuiling heeft de wetgever meerdere bepalingen in de wet opgenomen die de 'godsdienstige burger' op individuele of collectieve basis de ruimte bieden om het leven conform de beleden godsdienst in te richten.² Het grondrecht³ op vrijheid van godsdienst is tegenwoordig op algemene wijze geformuleerd in artikel 6 Grondwet. Daarnaast wordt de godsdienstuitoefening in de nationale rechtsorde beheerst door het fundamentele recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst zoals geformuleerd in artikel 9 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM)⁴ en sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 ook door het gelijknamige en identieke grondrecht geformuleerd in artikel 10 lid 1 EU-handvest.

1 In de Staatsregeling van 1798 werd voor het eerst het beginsel opgenomen van de vrijheid tot het openlijk belijden van elke godsdienst en het houden van gemeenschappelijke godsdienstoefening, mits binnen de daartoe bestemde gebouwen, onder voorbehoud dat de openbare orde, door de Wet gevestigd, door de 'uiterlijke eerdienst' nimmer zou mogen worden gestoord. Zie HR 13 april 1960, *NJ* 1960, 436, m.nt. Röling.

2 De Bruijn 2004, p. 64.

3 De termen grondrechten, mensenrechten en fundamentele rechten worden, zoals vrij gebruikelijk, in dit proefschrift als synoniemen gebruikt.

4 En door art. 18 IVBPR (Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten van de VN uit 1966). Het eerste lid van art. 9 is ontleend aan art. 18 UVRM (Universele Verklaringen Rechten van de Mens van de VN uit 1948) en stemt er woordelijk mee overeen. De opstellers van het EVRM hebben nauwe aansluiting gezocht bij de codificatiewerkzaamheden van de Verenigde Naties op het gebied van mensenrechten. Zie Van Boven 1967, p. 220. De formulering van art. 18 IVBPR is nagenoeg gelijk aan de formulering van art. 9 EVRM. De lading van deze bepalingen is dan ook dezelfde. Zie ook Vermeulen 2007, p. 29, 33. Vanwege de bindende kracht van de uitspraken van het EHRM naar aanleiding van art. 9 EVRM is art. 18 IVBPR minder relevant en wordt in dit onderzoek daarom verder buiten beschouwing gelaten.

Vanuit nationaal perspectief is artikel 6 Grondwet te beschouwen als een ‘moederrecht’ waaruit verschillende rechten met een religieus object zijn afgeleid. Deze rechten treft men aan in de meest uiteenlopende rechtsgebieden. Twee belangrijke rechtsgebieden waarin de burger op collectieve basis op grond van religieuze identiteit bepaalde rechten geniet zijn het burgerlijk recht, op basis van de daarin opgenomen rechtspersoon van het kerkgenootschap (artikel 2:2 Burgerlijk Wetboek (BW)) en het onderwijsrecht. De autonomie van kerkgenootschappen gaat terug tot de grondwetsherziening van 1848, uitgewerkt in de Wet op de kerkgenootschappen van 1853.⁵ Op grond van hun eigen statuut genieten kerkgenootschappen meerdere voorrechten en zijn ze vrijgesteld van een aantal dwingende wettelijke bepalingen die (wel) gelden voor andere rechtspersonen. Het civiele arbeidsrecht is bijvoorbeeld niet onverkort van toepassing op de arbeidsverhouding tussen een kerkgenootschap en zijn voorganger.⁶ De erkenning van een bijzondere status op basis van een religieuze identiteit blijkt ook uit het bestaan van het bijzonder onderwijs. De sterke status van het godsdienstig bijzonder onderwijs is het resultaat van de ‘schoolstrijd’ in de 19^e en 20^e eeuw tussen liberale en confessionele politieke partijen. Doordat katholieke en protestantse groeperingen zich in de politiek begaven konden ze via de volksvertegenwoordiging bepaalde rechten voor hun achterban bewerkstelligen. Zo werden het bijzonder en openbaar onderwijs in de Grondwet (1917) financieel aan elkaar gelijkgesteld en kregen bijzondere scholen een grote mate van autonomie ten aanzien van onder andere het aanstellen van leerkrachten, de selectie van scholieren en de keuze van de leermiddelen.⁷ Uit de rechten van kerkgenootschappen, bijzondere scholen en andere organisaties zijn weer andere rechten voortgekomen die invulling geven aan de uitoefening van godsdienst. We komen deze rechten tegen in een verscheidenheid aan wetten, zoals de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB), de Wet openbare manifestaties (Wom), de Wet medezeggenschap op scholen (WMS), de Mediawet, etc.

1.2 MAATSCHAPPELIJKE ONTWIKKELINGEN

Vanaf de jaren zestig hebben ontzuiling en secularisatie in hoog tempo om zich heen gegrepen. In diezelfde tijd arriveerden nieuwe godsdiensten uit

5 Pel betoogt dat de definitieve autonomie van kerkgenootschappen ontstaat in 1870 wanneer de Koning definitief alle aanspraken op de inrichting van de kerkgenootschappen opgeeft: Pel 2013, p. 19. Zie ook Bos 2009.

6 Oldenhuis 2008, p. 5. Zie o.a. Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, KG 1996, 127; HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173, m.nt. H.J. Snijders (*Arbeidsovereenkomst predikant*), EHRM 8 september 1988, nr. 12356/86 (*Karlsson v Sweden*). Zie anders: HvJ EG 5 oktober 1988, C-196/87 (*Udo Steymann v Staatssecretaris van Justitie*).

7 De Bruijn 2004, p. 64. Zie ook: Mentink & Vermeulen 2011; Van der Ploeg 2000.

niet-westerse landen. Deze maatschappelijke ontwikkelingen hebben hun sporen achtergelaten in de nationale rechtsorde. Zo kwam er met de grondwetswijziging van 1983 definitief een einde aan de financiële band tussen kerk en staat doordat er een regeling werd getroffen over de afkoop van de overheidsuitkeringen aan de kerken⁸ en werden er belangrijke veranderingen doorgevoerd betreffende de grondwettelijke regeling van de godsdienstvrijheid. Ten eerste werd de beperkingsclausule verruimd van 'behoudens de bescherming van de maatschappij en harer leden tegen de overtreding van de strafwet', naar 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Sindsdien kunnen naast het strafrecht alle wetten in formele zin, ook als die privaats- of bestuursrechtelijk van aard zijn, de vrijheid van godsdienst inperken.⁹ Ten tweede werd door de grondwetgever voor het eerst geen afzonderlijk hoofdstuk gewijd aan het fenomeen godsdienst en werd het grondrechts-object van het grondrecht uitgebreid doordat naast godsdienst ook het fenomeen levensovertuiging werd beschermd.¹⁰ Daarna is in Nederland de maatschappelijke betekenis van religie verder getransformeerd. Religie fungeert steeds minder als 'transcendent teleologisch ordeningsprincipe' in de samenleving en wordt steeds meer gezien als een onderdeel van de individueel gekozen en subjectief beleefde identiteit. De oude geïnstitutionaliseerde organisatievormen van religie zijn sterk in omvang afgenomen en er zijn onder andere door individualisering nieuwe vormen van religie ontstaan, die kerkelijk of institutioneel ongebonden zijn.¹¹ Deze veranderingen hebben ook de rechtswetenschap niet onberoerd gelaten. Zo komt men in de juridische literatuur steeds vaker de opvatting tegen dat de rechtsorde zo is ingericht dat ze vooral – ten onrechte – de belangen van de van oudsher in ons land gevestigde religies behartigt en slechts in beperkte mate die van de 'exotische nieuwkomers' op het religieuze terrein.¹² Het christendom, als traditioneel dominante religie, zou een te bevoorrechte positie genieten.¹³ Er zou meer rekenschap moeten worden gegeven van religies van migranten en van de individuele geloofsbelevens die afwijkt van de traditionele religieuze stromingen. Ook staan de principes waarop godsdienst in de rechtsorde is verankerd onder druk. Voorheen waren beginselen zoals subsidiariteit¹⁴ en 'soe-

8 Wet beëindiging Financiële verhouding tussen Staat en Kerk, Wet van 7 december 1983, *Stb.* 1983, 638.

9 Overigens is met de uitbreiding van 'strafwet' naar 'wet' geen wezenlijke verschuiving beoogd. De Strafwet in de oude Grondwet had al de strekking van wet in formele zin. Zie Pel 2013, p. 64. Zie ook Jonkers 2010, p. 173.

10 De Bruijn 2004, p. 65, 66.

11 Kronjee & Lampert 2010, p. 173.

12 Zie onder andere Peters & Boogaard 2008, p. 115; Jonkers 2010, p. 498.

13 Vgl. Van Schie 2006, p. 264-270.

14 De katholieke traditie, zie o.a. Paus Pius XI, *Quadragesimo Anno* (encycliek), 15 mei 1931 en Maritain 1966 [1951].

vereiniteit in eigen kring'¹⁵ richtinggevend.¹⁶ In de huidige ontzuilde maatschappij zouden deze beginselen aan zeggingskracht hebben ingeboet.¹⁷

In het licht van deze maatschappelijke ontwikkelingen is de godsdienstvrijheid¹⁸ geen rustig bezit meer.¹⁹ Er gaan zelfs geluiden op om haar in het geheel te schrappen en te laten opgaan in andere grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging en vergadering. Daartegenover kan een groeiend onbehagen bij de orthodox-christelijke gemeenschap worden ontwaard. Zij meent dat in ons land de christelijke identiteit niet meer serieus wordt genomen en de traditionele rechten van gelovigen in toenemende mate onder druk staan.²⁰

1.3 PROBLEEMSTELLING

In het verleden heeft godsdienst ongetwijfeld een belangrijke invloed gehad op de rechtsorde in de zin dat bepaalde rechtsnormen en rechtsbeginselen ervan zijn afgeleid of erdoor zijn geïnspireerd. Denk bijvoorbeeld aan het strafrecht en het personen- en familierecht, waarin we belangrijke normen uit de joods-christelijke traditie kunnen herkennen. Deze beïnvloeding kwam hoofdzakelijk tot stand door een indirecte confrontatie met het fenomeen godsdienst: godsdienst was onderdeel van de culturele context en de ontwikkeling van het recht is een product van deze culturele context.²¹ Gezien de in de vorige paragraaf genoemde maatschappelijke ontwikkelingen is de invloed van godsdienst op de rechtsorde tegenwoordig beduidend kleiner. Dat betekent overigens niet dat er helemaal geen invloed meer van godsdienst kan zijn op de rechtsorde. Nog steeds kunnen de wetgever en rechter bij het maken van wetten respectievelijk rechtsvinding geïnspireerd worden

15 De gereformeerde traditie, zie o.a. Kuiper 1959 en Dooyeweerd 1935.

16 Vgl. Post, *TvRRB* 2011-2, p. 53-55.

17 Zie o.a. Van den Berge & Kindt, *AA* 2012, p. 797; Soeteman, *AA* 2013, p. 160-165; Cliteur, *AA* 2012, p. 3090-3096; Van Bijsterveld 2011.

18 De term 'godsdienstvrijheid' gebruik ik als synoniem voor de term 'recht op de vrijheid van godsdienst'.

19 Volgens Kortmann was de godsdienstvrijheid reeds in 1983 geen rustig bezit meer. Zie Kortmann 1983, p. 55-67.

20 Zie o.a.: H. Goslinga, 'D66 en SP helemaal van God los', *Trouw*, 2 december 2012; E. Klei, 'D66 vijlt slechts christelijke restanten uit de Grondwet', *Trouw*, 4 januari 2013; 'D66 ontkent christenpesten', *Reformatorisch Dagblad*, 12 januari 2013; 'SGP en CU zijn christenpesten door D66 beu', *Trouw*, 2 januari 2013. Zie in juridisch perspectief: Karim Theissen & Ten Napel, *AA*/20120182, 2012-3, p. 18-1870. Zie ook Scharffs, *BYU Law Review* 2017.

21 Hart 1994, p. 185, 204.

door 'religieuze' normen en waarden.²² In het geval van de rechter geldt dan dat afhankelijk of men uitgaat van een strikte of wat minder strikte rechtspositivistische positie deze invloed zich kan laten gelden in bijzondere situaties zoals bij het interpreteren van een onduidelijke wetsbepaling²³ respectievelijk dat deze invloed er altijd kan zijn.²⁴

Naast de indirecte confrontatie van de rechtsorde met godsdienst komt de rechtsorde ook meer direct in aanraking met godsdienst doordat de wetgever wetten maakt die betrekking (kunnen) hebben op een rechtsobject dat godsdienstig is of wanneer de rechter geconfronteerd wordt met claims van rechtssubjecten die betrekking hebben op een rechtsobject dat godsdienstig is. Deze directe confrontatie van de rechtsorde met godsdienst wordt in het positieve recht in twee fasen gekanaliseerd.

De eerste fase is die van de erkenning van het religieuze karakter van het rechtsobject, bijvoorbeeld wanneer de wetgever en rechter in wetgeving en jurisprudentie erkennen dat het dragen van een boerka een religieuze uiting kan zijn. De tweede fase is die van het verbinden van rechten aan het religieuze object. De rechtsorde kent in deze fase vanwege het religieuze karakter van het rechtsobject aan het rechtssubject bepaalde rechten toe, bijvoorbeeld het recht om in het openbaar een boerka te dragen. De tweede fase impliceert een afweging door de wetgever of rechter van belangen.²⁵ Deze afweging bepaalt of de rechtsorde rechten toekent aan rechtssubjecten vanwege het religieuze karakter van het rechtsobject. Deze afweging vindt bijvoorbeeld plaats op grond van de beperkingsclausules van artikel 9 EVRM en artikel 6

22 Net zoals ze door morele normen kunnen worden beïnvloed. Bovendien zijn religieuze normen vaak ook morele normen.

23 Hart 1994, p. 204. Het gaat hier dan uiteraard om een 'gewone' of seculiere wettelijke term en niet om term met een religieuze lading, anders zou er immers geen sprake zijn van een indirecte confrontatie van godsdienst maar van een directe confrontatie zoals dit hierna is beschreven.

24 Dworkin 1978, p. 31. Zie ook de stroming van het rechtsrealisme. Zij beweren dat rechters behalve aan de hand van juridische regels en jurisprudentie, evenzeer oordelen op basis van hun politieke en morele overtuigingen, hun sociale en economische omstandigheden, hun emoties ('recht is evenzeer een kwestie van wat de rechter voor ontbijt gegeten heeft'). Zie Raes, *NJB* 1987/25, p. 777-782. Zie voor een empirische studie naar de invloed van de religieuze achtergrond van Amerikaanse rechters op de beoordeling van zaken waarin de vrijheid van godsdienst speelt: Shahshahani & Liu, *Journal of Empirical Legal Studies* 2017/4, p. 716-744. In deze studie wordt onder andere geconcludeerd dat joodse rechters significant vaker tot een voor de justitiabele gunstig oordeel komen dan rechters zonder geloofsovertuiging of rechters met een andere geloofsovertuiging.

25 Soms volgt direct uit een wettelijk voorschrift dat de erkenning dat er sprake is van godsdienst rechten met zich meebrengt. Dan ligt de belangenafweging enkel bij de opsteller van dat wettelijk voorschrift en niet bij de rechter of het bestuur.

Grondwet.²⁶ Men kan stellen dat de tweede fase de daadwerkelijke juridische bescherming van godsdienst oplevert.

De eerste fase is een voorwaarde voor de tweede fase. In dit onderzoek staat deze eerste fase centraal. De erkenning van het religieuze karakter van een rechtsobject is echter problematisch. Bezien vanuit positiefrechtelijk standpunt komt dit doordat de wetsgeschiedenis van artikel 6 Grondwet²⁷ en de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 9 EVRM²⁸ geen concreet antwoord geven op de vraag wat godsdienst is. Dit brengt het probleem met zich dat de wetgever en de rechter niet door middel van wetshistorische interpretatie een concrete betekenis van de in de Grondwet en het EVRM opgenomen term godsdienst kunnen achterhalen.²⁹

De reden dat de wetsgeschiedenis van artikel 6 Grondwet en de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 9 EVRM geen concreet antwoord geven op de vraag wat godsdienst is, is primair het beginsel van scheiding tussen kerk en staat. Door dit normatieve uitgangspunt is de toekenning van betekenis aan godsdienst door de staat omstreden.³⁰ Wanneer de staat een welomschreven juridisch begrip van godsdienst zou hanteren zou hij zich begeven op het terrein van de theologie. Hij zou dan bijvoorbeeld aan de hand van een studie naar religieuze bronnen kunnen bepalen wat wel en wat geen godsdienst is.³¹ Dit wordt ongewenst geacht omdat de staat zich dan zou begeven binnen een domein waar traditioneel 'de kerk' – en tegenwoordig voor velen wellicht het individu zelf – zich bevoegd acht. Daarnaast zou een concrete definitie van het begrip godsdienst tot gevolg hebben dat de

26 Zie hierover 2.1.

27 Op zich wordt er in de wetsgeschiedenis van art. 6 Grondwet wel enige duidelijkheid gegeven over de vraag wat belijden is. Zo houdt belijden niet slechts in het hebben van een godsdienst, doch tevens het zich daarnaar gedragen, alleen of in groepsverband. Ook wordt onder belijden gerekend het uiten in de huiselijke en openbare godsdienst-oefening, het uitdragen in onderwijs, opvoeding en verkondiging, het oprichten van organisaties en het zich overigens naar deze overtuiging gedragen voor zover dat rechtstreeks uitdrukking geeft aan die overtuiging. Zie *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 29. Belijden kan echter alleen begrepen worden in samenhang met godsdienst en aangezien de betekenis van godsdienst niet duidelijk is, is ook de betekenis van belijden hieraan onderhevig. Zie ook 2.2.

28 Zie noot 4. Daarin verwijst ik naar de wordingsgeschiedenis van art. 18 IVBPR. Zie hierover Van Boven 1967, p. 124, 161; Bossuyt 1987, p. 355-362. Ook voor art. 9 EVRM geldt dat er wel meer duidelijkheid wordt gegeven over wat belijden is: het aanbidden, het onderwijzen, het praktiseren en het onderhouden (*worship, teaching, practice and observance*) maar dat de betekenis hiervan onduidelijk blijft zolang de betekenis van godsdienst en levensovertuiging niet nader is gedefinieerd. Zie ook 2.2.

29 Vgl. Hage 2006, p. 409.

30 Vgl. Samkalden, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 581-595.

31 Zie in dit kader HR 15 februari 1957, *NJ* 1957, 201.

staat zijn neutrale positie ten opzichte van de verschillende religies zou verliezen. De staat zou dan partij kiezen voor bepaalde theologische opvattingen.³² Bovendien zou een concrete definitie strijd kunnen opleveren met het gelijkheidsbeginsel doordat de rechtsorde dan enkel rechten zou verbinden aan godsdiensten die vallen onder deze definitie.³³ Pel spreekt in dit verband van een paradox: de combinatie van de scheiding tussen kerk en staat en de juridische gelijkheid tussen de godsdiensten resulteert in de vrijheid om ook niet traditionele godsdiensten te beoefenen, tegelijkertijd wordt het hierdoor echter moeilijker vast te stellen waarop deze vrijheid betrekking heeft, met andere woorden, wat wel of niet 'godsdienst' is.³⁴

In de huidige tijd wordt deze problematiek versterkt door de in de vorige paragraaf genoemde maatschappelijke ontwikkelingen. Dit betreft met name de komst van immigrantengodsdiensten en door de verdergaande subjectivering en individualisering van religie.³⁵ Hierdoor is een welomschreven begrip van godsdienst ook vanuit praktisch oogpunt, vanwege de toename van diversiteit op religieus terrein, moeilijker te realiseren. Verder heeft de secularisering ertoe geleid dat godsdienst in de samenleving zijn transcendentale betekenis verliest met als gevolg dat de godsdienstvrijheid door velen als minder vanzelfsprekend wordt ervaren en er meer vragen worden gesteld bij de reikwijdte ervan.³⁶ Ten slotte biedt de discussie over het begrip godsdienst onder vakwetenschappers, zoals theologen en filosofen, maar weinig houvast voor juristen aangezien hierover geen consensus is. Er wordt wel gesteld dat de vraag naar de betekenis van godsdienst in feite net zo oud is als de theologie zelf.³⁷

Aangezien de opstellers van het EVRM en de grondwetgever om bovengenoemde redenen geen concrete definitie hebben gegeven van de *term* godsdienst zou men kunnen stellen dat de wetgever en de rechter bij de totstandkoming van wetgeving respectievelijk rechtsvinding ter zake van rechten met een religieus object degenen zijn die eerstens juridische betekenis geven aan het *begrip* godsdienst. Met andere woorden, met hun interpretatie van de

32 Zie Duynstee 1935, p. 1-2. Zie hieromtrent ook de vaste jurisprudentie van het EHRM: EHRM 26 september 1996 (*Manoussakis v Griekenland*), par. 47; EHRM 26 oktober, AB 2001, 183, m.nt. Kanne (*Hasan en Chaush v Bulgarije*); EHRM 15 januari 2013 nr. 48240/10 (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82.

33 Vgl. EHRM 31 juli 2008, EHRC 2008, 125 (*Jehova's Getuigen v Oostenrijk*); EHRM 25 september 2012, nr. 27540/05 (*Jehova's getuigen v Oostenrijk*).

34 Pel 2013, p. 50. Zie ook De Beer, *S&D* 2007-10, p. 19.

35 Subjectivering wil zeggen dat het subject bepaalt wat de betekenis is van zijn godsdienst. Individualisering wil zeggen dat godsdienst op individuele wijze wordt uitgeoefend.

36 Pel 2013, p. 50.

37 Gunn, *Harvard Human Rights Journal* 2003, p. 191; Van der Wal, *R&R* 2010/39, p. 136.

(grond)wettelijke en in het EVRM opgenomen term godsdienst geven ze primair juridische betekenis aan het fenomeen godsdienst.³⁸

Deze betekenisverlening vindt meestal niet plaats doordat de wetgever of rechter expliciet de (grond)wettelijke en in het EVRM opgenomen term godsdienst interpreteren maar impliciet doordat de wetgever en rechter uitingen of gedragingen als godsdienstig kwalificeren en ze objecten van rechten met een religieus karakter definiëren.

Definiëren is het beschrijven van een fenomeen waarvoor nog geen beschrijving bestaat en kwalificeren is het plaatsen van een fenomeen onder een bestaande categorie. Over het algemeen is het de wetgever die definieert en de rechter die kwalificeert. Dit komt door de invloed van de leer van de *trias politica* van Montesquieu op de nationale rechtsorde. Binnen dit perspectief heeft de wetgever een rechtsvormende en de rechter een rechtsvindende taak. Dit neemt niet weg dat de wetgever soms ook uitingen en gedragingen als godsdienstig kwalificeert en dat de rechter soms rechtsobjecten³⁹ met een religieus karakter definieert.

Het definiëren van het begrip godsdienst door de wetgever kan aan de orde zijn wanneer de wetgever ervoor kiest om een thema met een religieus onderwerp op een meer abstracte wijze in de wet vast te leggen om zodoende niet *in concreto* te hoeven bepalen op welke situaties de wet betrekking heeft. Een voorbeeld van het definiëren van een wettelijke term met een religieuze lading door de wetgever is de definitie van de discriminatie- en beleedigingsgrond 'godsdienst' in de wetsgeschiedenis van artikel 137c Sr. Daaruit komt naar voren dat de wetgever een begrip van godsdienst op het oog heeft gehad, dat bescherming bood aan alle aanhangers van godsdiensten en niet alleen aan de aanhangers van de van oudsher hier gevestigde (traditionele) godsdiensten.⁴⁰ Het definiëren van het begrip godsdienst door de rechter is aan de orde wanneer de rechter in rechtspraak in algemene zin bepaalt dat een (grond-)wettelijke (of EVRM-)term met een religieus karakter voortaan op een bepaalde wijze moet worden uitgelegd.⁴¹ Een voorbeeld hiervan is de definiëring van de term richting in het kader van richtingsbezwaren tegen bepaalde stromingen in het onderwijs. De rechter definieerde deze term zo dat hieronder alleen 'welbepaalde' en geen vage of onduidelijke

38 Aangezien deze primaire betekenisverlening centraal staat in dit onderzoek spreek ik in het vervolg hiervan veelal over de uitleg van het begrip godsdienst in plaats van over de interpretatie van de wetgever of rechter van de (grond)wettelijke en in het EVRM opgenomen term godsdienst.

39 Opgenomen in de Grondwet, het EVRM of andere wetten.

40 Zie hierover uitgebreid 9.2.

41 Het verschil met interpretatie is dan dat definitie niet alleen een achterhalen is van de grammaticale, oorspronkelijke etc. betekenis maar het op nieuwe wijze verstaan van een bepaalde wettelijke term.

godsdiensten konden worden geschaard.⁴² In het kader van dit onderzoek stel ik dat er sprake is van een definitieprobleem omdat de wetgever, of in sommige gevallen de rechter, bij het (nader) definiëren van een term met een religieus karakter niet kan terugvallen op een duidelijk door de grondwetgever of door de opstellers van het EVRM omschreven begrip van godsdienst.

De kwalificatie van een uiting of gedraging is aan de orde wanneer de rechter of de wetgever ten aanzien van concrete rechtsobjecten moet bepalen of ze religieus van aard zijn. Zo kan de rechter in een concrete casus worden gevraagd of het dragen van een keppeltje een religieuze uiting is en kan de wetgever in de wetsgeschiedenis van een wet expliciet bepalen dat het dragen van een keppeltje een godsdienstige gedraging is. In het kader van dit onderzoek stel ik dat er sprake is van een kwalificatieprobleem omdat de rechter, of in sommige gevallen de wetgever, bij het kwalificeren van een uiting of gedraging als religieus niet kan terugvallen op een duidelijk door de grondwetgever of door de opstellers van het EVRM omschreven begrip van godsdienst.

Het kwalificatieprobleem heeft een grotere impact op de rechtsorde dan het definitieprobleem. De reden hiervoor is dat het kwalificatieprobleem een urgent karakter draagt in zaken waarbij de rechter wordt geconfronteerd met religieuze claims van rechtssubjecten en hij moet beslissen of een uiting of gedraging godsdienstig is. Dit urgente karakter is veelal afwezig bij het definiëren van termen met een religieus karakter. Dan kan de wetgever of rechter zich nog aan de oppervlakte houden door een term met een religieus karakter bewust abstract te formuleren.

Sommigen zullen wellicht het gewicht van het kwalificatieprobleem relativeren door erop te wijzen dat artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM zijn voorzien van een beperkingsclausule die het mogelijk maakt om de gevolgen van een onwelgevallige kwalificatie te matigen. Met andere woorden, de vraag of iets 'telt' als godsdienst(ig) is voor de rechter minder dringend doordat de mogelijkheid bestaat om de betreffende uiting of gedraging de bescherming te ontfangen op grond van de beperkingsclausule. Nog daargelaten dat dit er niet aan afdoet dat de kwalificatie noodzakelijk blijft, wil er grondrechtelijke bescherming van godsdienst kunnen zijn, kan tegen deze relativisering worden ingebracht dat veel religieuze rechten niet van een beperkingsclausule zijn voorzien. In dat geval kunnen deze rechten niet rechtmatig worden beperkt omdat dit in het kader van artikel 9 EVRM alleen kan geschieden op basis van een specifieke rechtsregel⁴³ en in het kader van arti-

⁴² Zie 18.3.

⁴³ Indien de rechtsregel voldoet aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid (*accessible and foreseeable*). Zie EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times v UK*), par. 46.

kel 6 Grondwet alleen door een specifieke regeling⁴⁴ van een daartoe bevoegde wetgever.⁴⁵ Dus ook met een ruime uitleg van de beperkingssystematiek blijft het kwalificatieprobleem in stand doordat voor veel rechten met een religieus object geen (juiste) regeling voorhanden is die het mogelijk maakt om het recht te beperken. Bijvoorbeeld de uitzonderingsbepaling die het vanwege religieuze redenen toestaat om met een bedekt hoofd afgebeeld te worden op een identiteitskaart of een rijbewijs (artikel 28 lid 3 Paspoortuitvoeringsregeling PUN),⁴⁶ de zinsnede in artikel 1 Wet vorm van de eed die het mogelijk maakt dat men om religieuze redenen naar eigen wijze de eed kan afleggen en ten slotte de ontheffing van de leerplicht op grond van religieuze bedenkingen tegen de richting van de in de buurt gelegen scholen (artikel 5 sub b Leerplichtwet 1969). We kunnen daarom stellen dat het kwalificatieprobleem in ieder geval urgent is wanneer de godsdienstuitoefening wegens legaliteitscriteria niet kan worden beperkt.⁴⁷

1.4 ONDERZOEKSVRAGEN

Zoals in het voorgaande is beschreven kan de uitleg van de in de Grondwet en EVRM opgenomen term godsdienst door de wetgever en rechter eigenlijk niet geschieden op grond van een welomschreven definitie van de grondwetgever of de opstellers van het EVRM. Het frappante is dat er in wetgeving en jurisprudentie toch definities en kwalificaties met een religieus karakter kunnen worden aangetroffen. Dit roept de vraag op welk begrip van godsdienst hieraan ten grondslag ligt. Ook is het interessant om na te gaan of dit begrip algemeen in het recht wordt gehanteerd. Mogelijk dat er per rechtsgebied verschillen zijn te constateren. Daarnaast is het belangwekkend te analyseren in hoeverre het begrip godsdienst aan een ontwikkeling is onderworpen. Deze overpeinzingen worden samengebond in de eerste subvraag van dit onderzoek:

Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Het zou onbevredigend zijn wanneer dit onderzoek enkel beschrijft wat het juridische begrip van godsdienst is zonder daarbij een oplossing te bieden voor het bovengenoemde kwalificatie- en definitieprobleem. Het hoofddoel

44 Van Bijsterveld & Vermeulen 2013, p. 8, 9.

45 Naast de eis van legaliteit stellen art. 6 Grondwet en art. 9 EVRM nog andere eisen aan een rechtmatige beperking. Zie hierover 2.2.7.

46 Art. 1 van de Regeling eisen pasfoto's bepaalt dat de eisen voor de pasfoto van het paspoort (art. 28 lid 3 PUN) ook van toepassing zijn op de pasfoto van het rijbewijs.

47 Zie hierover ook 2.2.6 en 2.2.7.

van dit onderzoek is daarom de vraag te beantwoorden wat nu voor het recht het *beste* begrip is van godsdienst. Om deze vraag te kunnen beantwoorden is een grondig inzicht in het juridische begrip van godsdienst noodzakelijk. Dit kan verkregen worden door niet alleen na te gaan *wat* het juridische begrip van godsdienst is maar ook *waarom* het juridische begrip van godsdienst is wat het is. Voor het verkrijgen van een antwoord op deze laatste vraag is het nodig om in wetgeving en jurisprudentie de motieven voor het geven van bepaalde definities en kwalificaties met een religieus ‘karakter’ te onderzoeken. Dat wil zeggen, dat moet worden nagegaan waarom bepaalde uitingen en gedragingen als godsdienstig worden gekwalificeerd en andere niet, en waarom er bepaalde definities worden gehanteerd die het godsdienstbegrip beperken in omvang en tot gevolg hebben dat sommige uitingen en gedragingen wel en andere niet als godsdienstig kunnen worden gekwalificeerd.

Dit onderzoek probeert om door analyse van parlementaire stukken, wetgeving en jurisprudentie bovengenoemde motieven te inventariseren. Hierdoor wordt een dieper inzicht verkregen in het juridische begrip van godsdienst. Met dit inzicht is het ook mogelijk om het juridische begrip van godsdienst te categoriseren binnen een politiek-filosofisch kader. Hierdoor kan nog beter worden begrepen waarom het juridische begrip van godsdienst is wat het is. De tweede subvraag van dit onderzoek luidt daarom:

Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De analyse van het juridische begrip van godsdienst en de categorisering ervan binnen een politiek-filosofisch kader maken het mogelijk om dit begrip te bekritisieren. Vervolgens kunnen er op grond van deze kritiek voorstellen tot verbetering worden gedaan. Dit brengt ons tot de hoofdvraag. Die luidt:

Welk begrip van godsdienst zou het recht moeten hanteren?

1.5 RELEVANTIE ONDERZOEK

Met het begrip godsdienst in het recht staan grote belangen op het spel. Ten eerste voor de justitiabele. Immers, in het geval dat de juridische betekenis van godsdienst niet meer aansluit bij die van gelovigen zouden de rechten die de gelovigen in hun godsdienstuitoefening beogen te beschermen hun doel niet bereiken. Ze kunnen dan los komen te staan van het oorspronkelijke object en nog wel iets beschermen, maar niet het godsdienstig belijden dat de

gelovige voor ogen staat. Bovendien kan dan de identiteit van gelovigen door de juridische uitleg van godsdienst worden gestuurd.⁴⁸ Het recht herbergt immers de constituerende krachten van de algemene wil van de gemeenschap, het plaatst individuen en groepen in een betekenisvol kader dat vervolgens de zelfinterpretatie van deze groepen en individuen beïnvloedt.⁴⁹ Ten tweede voor de rechtsorde als systeem. Met name bezien vanuit de ontwikkeling van subjectivering en individualisering van godsdienst en de komst van uitheemse immigrantengodsdiensten is het interessant na te gaan of deze ontwikkelingen ook het juridische begrip van godsdienst hebben beïnvloed en of er een trend is waar te nemen. Als er een subjectiverende en individualiserende ontwikkeling is, zijn dan de criteria die in het recht worden gebruikt om vast te stellen of iets godsdienst(ig) is nog steeds hanteerbaar? Ten derde voor de verhouding tussen kerk en staat, of meer hedendaags tussen religie en staat. Met de toekenning van juridische betekenis aan godsdienst geeft de staat een bepaalde invulling aan het concept van neutraliteit. Dit thema is onderdeel van het eeuwenoude debat over de vraag wat de scheiding tussen de kerk en staat betekent. Hoe moet een overheid omgaan met claims van religieuze individuen en collectieven? In feite is het debat tussen ‘seculieren’ die de godsdienstvrijheid willen schrappen en degenen die dit grondrecht willen behouden hiervan een voortzetting. Ten vierde voor het ‘project’ van de multiculturele samenleving. De confrontatie van een rechtsorde die geïnspireerd is door een joods-christelijke traditie en het Grieks-Romeinse gedachtegoed met de islam als grote ‘exotische’ religie⁵⁰ roept de nodige vragen op over de juridische betekenis van godsdienst. De vraag is of het rechtssysteem religieuze uitingen en gedragingen die voortvloeien uit de islamitische traditie erkenning geeft en wat de legitimatie voor deze erkenning is. Dit is relevant in het licht van de discussie tussen ‘rechtse’ en ‘linkse’ politici over de wijze waarop de islam in de Nederlandse rechtsorde moet worden geacommodeerd.⁵¹

48 Zie Berlin 1969, p. 23. Berlin stelt dat de ervaring van het gebrek aan vrijheid vaak overeenkomt met het niet erkend worden, het niet als volwaardig worden gezien en het ontkennen van het zelfdefinierende vermogen van individuen en groepen. Zie ook Taylor 1995, p. 43.

49 De algemene wil van de gemeenschap die tot uitdrukking komt in de democratische wijze waarop rechtsnormen (en hun achterliggende waarden) tot stand komen. Zie Verbrugge 2000. Zie ook EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10 (*Eweida*), par. 79. Hierin overweegt het EHRM dat de vrijheid van godsdienst ‘... is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life ...’.

50 In 2016 telt het CBS ongeveer 850.000 moslims in Nederland. In 1996 waren dit er nog ongeveer 600.000. Zie www.cbs.nl.

51 Vgl. Roy 2011, p. 7, 8.

1.6 AFBAKENING VAN HET ONDERZOEK

In het voorgaande heb ik het onderzoeksobject geschetst. Deze paragraaf geeft daarvan een nadere concretisering. Laat ik om te beginnen uitleggen hoe dit onderzoek zich verhoudt tot levensovertuiging. Hoewel de term 'levensovertuiging' in wetgeving minder veelvuldig voorkomt dan 'godsdienst' is de levensovertuiging in het EVRM en de Grondwet op gelijke wijze beschermd en wordt daarom in wetgeving, jurisprudentie en literatuur veelal in samenhang met de vrijheid van godsdienst begrepen.⁵² Dit onderzoek is daarom ingestoken vanuit de problemen die zowel de duiding van het fenomeen godsdienst als het fenomeen levensovertuiging met zich brengen. In het onderzoek wordt vaak gemakshalve alleen gesproken over godsdienst en godsdienstige uitingen en gedragingen. Het is niet de opzet om daarbij levensovertuiging buiten beschouwing te laten. Wel kent de vrijheid van godsdienst een veel langere geschiedenis dan de vrijheid van levensovertuiging en is daardoor ook meer uitgekristalliseerd in wet- en regelgeving. Hierdoor stond en staat het juridische begrip van levensovertuiging wat minder op de voorgrond dan het juridische begrip van godsdienst.

Ten tweede beperkt het onderzoek zich niet tot een analyse van het begrip godsdienst enkel aan de hand van de reikwijdte van de (grond)wettelijke en in het EVRM opgenomen term 'godsdienst'. Er bestaan meerdere andere (grond)wettelijke of in het EVRM opgenomen termen met een religieuze lading, zoals 'religie', 'belijden', 'godslastering', 'eredienst', 'godsdienstige opvattingen', 'godsdienstige grondslag', 'richting' van het bijzonder onderwijs, de rechtspersoon van het 'kerkgenootschap', afleggen van de 'eed', etc. Deze termen liggen als het ware in het verlengde van de term godsdienst en om die reden doen er zich bij al deze termen in meer of mindere mate de hierboven genoemde definitie- en kwalificatieproblemen voor. In beginsel kan er zich zelfs een kwalificatieprobleem voordoen zonder dat de kwalificatie terug geleid kan worden op een (grond)wettelijke of in het EVRM opgenomen term met een religieuze lading. Een voorbeeld hiervan is wanneer een bepaalde vorm van gewetensnood wordt gekwalificeerd als een 'religieuze drang' en geplaatst onder de reikwijdte van de wettelijke terminologie 'psychische overmacht' (artikel 40 Sr).⁵³

52 In art. 9 EVRM wordt in één adem met godsdienst en levensovertuiging ook het recht op vrijheid van geweten genoemd. De reikwijdte van art. 9 EVRM lijkt daarmee ruimer dan die van art. 6 Grondwet. Dat is echter niet het geval. Hierover meer in 2.2.2.

53 Zie HR 20 juni 1950, *NJ* 1951, 348, m.nt. W.J. Pompe (*Alphense boer*) en HR 16 januari 1968, *NJ* 1969, 2. Uit deze arresten volgt dat de Hoge Raad niet heeft uitgesloten dat 'persoonlijke godsdienstige gedrevenheid' psychische overmacht kan opleveren. Zie ook het arrest van Gerechtshof Den Haag 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2283 (*legitimatieplicht orthodoxe jood*). Zie verder de discussie in de literatuur hierom-
→

Ten derde beperkt het onderzoek zich tot een analyse van het begrip godsdienst binnen de Nederlandse rechtsorde.⁵⁴ Voor deze beperking bestaan meerdere redenen. Om te beginnen is het binnen het bestek van één proefschrift niet doenlijk om het begrip godsdienst in meerdere rechtsorden in de gehele breedte van het recht te onderzoeken. Een dergelijk onderzoek zou concessies moeten doen voor wat betreft het aantal te bestuderen onderwerpen. Dat zou echter de algemene geldigheid van het onderzoek niet ten goede komen. Een andere, meer praktische, reden is dat de auteur hoofdzakelijk geschoold is het Nederlandse recht en met name kennis heeft van Nederlandse verhoudingen op het gebied van recht en religie. Ten slotte geldt als reden dat het juridische begrip van godsdienst nog recent hoofdzakelijk een nationale aangelegenheid was. Dit blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 9 EVRM. Het EHRM toetst pas sinds 1993 structureel aan artikel 9 van het EVRM.⁵⁵ Een inventarisatie met behulp van de Hudoc-zoekfunctie⁵⁶ leert dat de uitspraken van het EHRM pas in de loop van de jaren '90 van de vorige eeuw in toenemende mate betrekking hebben op artikel 9 EVRM. Dit geldt ook voor de Nederlandse rechter. Een inventarisatie met behulp van de Kluwer Navigator-zoekmachine laat zien dat er voor de jaren '90 van de vorige eeuw door de nationale rechter⁵⁷ niet veel uitspraken zijn geweest waarin artikel 9 EVRM aan de orde was. Ook ten aanzien van de totstandkoming van wetgeving geldt dat het juridische begrip van godsdienst tot voor kort met name ingegeven werd door het nationale juridische kader. Meer recente wetgeving (met name van de afgelopen 10 jaar) van Europese origine heeft wel enige invloed.⁵⁸ De meeste wetten met een religieuze term zijn echter al enige tijd – veelal voordat de Europeanisering en internationalisering van de nationale rechtsorde een vlucht nam – in de nationale rechtsorde geconstitutionaliseerd en er zijn geen prangende redenen geweest om te veronderstellen dat deze in strijd zouden zijn met Europees of internationaal recht. Daarbij dient men te beseffen dat de verankering van godsdienst binnen de rechtsorde traditioneel een nationale aange-

trent Dolman 2006; Holland 1989; Vermeulen 1989. Zie verder over deze thematiek hoofdstuk 11.

54 In het besef dat de monistische rechtsorde van Nederland gebonden is aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en volkenrechtelijke organisaties (zie art. 93 Gw) en aan het Europese Unierecht (zie HvJEU 15 juli 1964, ECLI:NL:XX:1964:BE3134 (*Costa/ Enel*)).

55 EHRM 19 april 1993, nr. 14307/88 (*Kokkinakis v Greece*).

56 www.echr.coe.int.

57 <https://navigator.kluwer.nl>

58 Een voorbeeld waarin Europese wetgeving ten aanzien van het vrije verkeer van personen effect had op de wijze waarop de arbeidsverhouding binnen een religieuze gemeenschap werd gekwalificeerd is HvJ EG 5 oktober 1988, C-196/87 (*Udo Steymann v Staatssecretaris van Justitie*).

legenheid is, die, ook gezien de grote diversiteit op dat gebied, niet snel in aanmerking komt voor uniforme regulering.⁵⁹

Ten vierde richt deze studie zich op het juridische begrip van godsdienst van de formele wetgever en rechter. De rechter wordt geconfronteerd met het al dan niet als religieus kwalificeren van uitingen en gedragingen in geschillen waarin door partijen een beroep op het religieuze karakter ervan wordt gedaan. Daarbij kan de noodzaak tot kwalificatie voor de rechter voortvloeien uit de wijze waarop de wetgever de wet heeft geconstrueerd. Indien de wet zo is geformuleerd dat de rechter in concrete gevallen, uitingen en gedragingen moet beoordelen op hun religieuze karakter, dan ontkomt hij simpelweg niet eraan om te kwalificeren. Zo moet de rechter in het kader van de eredienstvrijstelling voor de onroerende zaak belasting (OZB) bepalen of een onroerende zaak wordt gebruikt voor de eredienst (of bezinningssamenkomst).⁶⁰ Of de wetgever uitingen en gedragingen als religieus kwalificeert hangt af van de wijze waarop hij een thema benadert en hoe hij die benadering omzet in wetgeving. Hij zal met zijn regeling een maatschappelijk doel nastreven. Daarbij heeft hij de bevoegdheid om bepaalde feiten wel of niet als religieus te kwalificeren en op grond van deze kwalificatie wetgeving te creëren. Naast de kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig door de wetgever kan de wetgever het begrip godsdienst ook duiden wanneer hij wetten maakt waarin religieuze termen zijn opgenomen die de betekenis van godsdienst in zekere mate definiëren. Zoals gezegd kan een dergelijke definiëring ook plaatsvinden in rechtspraak als de rechter de betekenis van een (grond)wettelijke of in het EVRM opgenomen term met een religieuze lading in algemene zin wil afbakenen.

De kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig door het bestuur blijft grotendeels buiten beschouwing omdat de wijze waarop het bestuur uitingen en gedragingen als religieus kwalificeert minder goed is na te gaan vanwege een minder uitgebreide en toegankelijke documentatie (zoals parlementaire publicaties en jurisprudentie) en voor de rechtsorde van geringere betekenis is.⁶¹ Indien echter blijkt dat ten aanzien van een bepaald onderwerp het kwalificatievraagstuk wordt doorgeschoven naar het bestuur en de wijze van kwalificeren van het bestuur kan worden achterhaald, dan wordt dit meegenomen in de analyse. Dit speelt bijvoorbeeld ten dele bij de

59 Vandaar ook dat het EHRM bij de beoordeling van geschillen waarin een religie een rol speelt veelal een grote mate van beoordelingsvrijheid aan de staten toekent. Voor een artikel waarin uitvoerig wordt uitgelegd waarom de godsdienstvrijheid vanwege de verschillende historische staatsrechtelijke tradities zich vooral leent voor regulering op een nationale niveau, zie: Zucca 2013. Zie anders: Ventura 2011.

60 Zie 16.2.1.

61 Daarbij komt dat kwalificatie door het bestuur uiteindelijk vaak bij de rechter terecht komt, die zich hierover vervolgens uitspreekt.

aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel en bij de toekenning van de ANBI-status.⁶²

Ten vijfde beperkt dit onderzoek zich tot een analyse van het begrip van godsdienst van de rechter op basis van de uitspraken van de nationale rechter, het EHRM en het HvJEU. Voor zover relevant voor het betreffende onderwerp worden daarnaast oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)⁶³ in dit onderzoek meegenomen. Hoewel deze oordelen strikt genomen een niet-bindend karakter dragen (zie artikel 11 e.v. AWGB), zijn ze omdat het CRM veel zaken krijgt voorgelegd waarin het kwalificatieprobleem aan de orde is, te interessant om links te laten liggen.⁶⁴ Omdat mijn onderzoek is gestructureerd aan de hand van thematische, op de Nederlandse samenleving en rechtsorde georiënteerde hoofdstukken komt internationale en Europese jurisprudentie slechts ter sprake in het kader van de wijze waarop godsdienst binnen de nationale rechtsorde wordt uitgelegd. Als een kwalificatie of een definitie door de Nederlandse rechter of wetgever wordt ingegeven of bepaald door Unie-wetgeving, verdragsbepalingen, uitspraken van het EHRM of van het HvJEU dan zal hieraan, voor zoverre relevant, aandacht worden besteed.

Ten zesde beperkt dit onderzoek zich tot een analyse van het begrip van godsdienst van de wetgever op basis van verdragen,⁶⁵ wetten in formele zin, AMvBs en ministeriële regelingen (waaronder ook het Voorschrift Vreemdelingen). De weinige rechten met een religieus object die hun oorsprong vinden in het gewoonterecht of in ambtelijke instructies, beleidsregels en decentrale regelgeving worden, gezien de noodzaak van beperking van dit onderzoek, buiten beschouwing gelaten. Een voorbeeld hiervan is het gebruik van het ambtsgebed in sommige provincies en gemeenten.⁶⁶ Ten aanzien van het EVRM geldt dat er slechts in beperkte mate (alleen kort in paragraaf 2.2.) wordt ingegaan op de *travaux préparatoires* (verdragsgeschiedenis) om de term godsdienst en levensovertuiging te duiden. De reden hiervoor is dat het EHRM in het algemeen weinig waarde hecht aan deze stukken en stelt dat het EVRM moet worden benaderd als een *living instrument*.⁶⁷ Het EHRM interpreteert het EVRM in het licht van *present day conditions*.⁶⁸ Het EHRM

62 Zie hierover hoofdstuk 5 en 15.

63 Thans College voor de Rechten van de Mens (CRM).

64 Terlouw 2010, p. 30.

65 Gemakshalve ga ik er hier vanuit dat ook verdragen een vorm van wetgeving zijn.

66 Zie Sillen 2011; Koolen 2010.

67 Dit is recent bevestigd bij de ratificatie van het EU-Grondrechtenhandvest van 7 december 2000, dat sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 geldend recht is.

68 Zie als willekeurig gekozen voorbeeld EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04, EHRC 2010/29, m.nt. A. Timmer, NTM 2010, p. 501, m.nt. M. Boot-Matthijssen, par. 282.

heeft zelfs expliciet aangegeven aan de verdragsgeschiedenis maar in beperkte mate waarde te hechten.⁶⁹

1.7 STRUCTUUR EN METHODE VAN ONDERZOEK

Het onderzoek bestaat uit een theoretisch deel (hoofdstuk 2-4), een positiefrechtelijk deel (hoofdstuk 5-19), een concluderend deel (hoofdstuk 20) en een betogend deel (hoofdstuk 21). Het theoretische gedeelte vormt een wegbereiding voor de beantwoording van de bovengenoemde (sub-)onderzoeksvragen aan de hand van de analyse van het positieve recht. Tegelijkertijd geeft het theoretische gedeelte, in zoverre het abstracte gezichtspunten verbindt met de werking van het positieve recht, ook reeds een eerste aanzet voor de beantwoording van de (sub-)onderzoeksvragen.⁷⁰ Het theoretisch gedeelte heeft de werking van een lens die steeds verder wordt verbreed, waardoor de problematiek rond het begrip godsdienst vanuit meerdere niveaus kan worden begrepen. Het bestaat uit drie onderdelen. Het eerste onderdeel is positiefrechtelijk van aard (hoofdstuk 2), het tweede onderdeel rechtstheoretisch (hoofdstuk 3) en het derde onderdeel rechtsfilosofisch (hoofdstuk 4). Het eerste onderdeel is een analyse van de factoren in het rechtssysteem die bepalen wanneer in het recht juridisch betekenis aan het fenomeen godsdienst wordt geschonken. Het tweede onderdeel is een bespreking van de verschillende wijzen waarop het begrip godsdienst kan worden uitgelegd, zoals we die kunnen afleiden uit de juridische literatuur en de rechtspraktijk. In dit gedeelte reflecteer ik op het recht vanuit een juridisch-dogmatisch perspectief (dus nog binnen het paradigma van de rechtsgeleerdheid). Het derde onderdeel is relevant voor de tweede (sub-)onderzoeksvraag: 'Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?' In dit gedeelte reflecteer ik vanuit een metajuridisch perspectief (politek-filosofisch) op het juridische begrip van godsdienst.

Het positiefrechtelijke gedeelte bestaat uit de analyse van een aantal onderwerpen binnen verschillende rechtsgebieden.⁷¹ Het gaat om de volgende onderwerpen:

69 EHRM 23 maart 1995, nr. 15318/89, series A, vol. 310, *NJCM-Bulletin* 1995, p. 801, m.nt. J. van der Velde (*Loizidou v Turkije*)

70 Dit geldt met name voor 2.2-2.4 waarin in het kader van het onderzoek naar de factoren in het recht die bepalen wanneer het begrip godsdienst wordt uitgelegd besproken wordt wat volgens de standaardjurisprudentie de betekenis is van de grondwettelijke en in het EVRM opgenomen term godsdienst.

71 Voor wat betreft de keuze van deze onderwerpen heb ik mij mede laten inspireren door Norman Doe die een vergelijkende studie heeft geschreven over de plaats van religie binnen het geldende recht van diverse Europese staten. Zie Doe 2011.

1. de aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel vanwege vervolging op grond van godsdienst (asielrecht);
2. de wettelijke uitzondering die de (religieuze) rituele slacht mogelijk maakt;
3. het dragen van kleding en omgangsvormen die zijn bedoeld als religieuze uiting;
4. de eedsaflegging;⁷²
5. het verbod op godslastering (strafrecht);
6. het verbod op discriminatie en de belediging van religieuze groepen (strafrecht);
7. belediging van groepen op grond van religieuze overtuigingen en religie als strafuitsluitingsgrond (strafrecht);
8. de betekenis van het kerkgenootschap (rechtspersonenrecht);
9. de inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap (rechtspersonenrecht);
10. de ANBI-regeling voor kerkgenootschappen (belastingrecht);
11. de erediensvrijstelling in de onroerendezaakbelasting (belastingrecht);
12. religieuze uitingen en gedragingen in het openbaar onderwijs (onderwijsrecht);
13. de richtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs en de daarmee verbonden individuele rechten (onderwijsrecht);
14. de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs (onderwijsrecht).

De onderwerpen worden in bovenstaande volgorde besproken. Deze is enigszins willekeurig. Wel heb ik geprobeerd om de onderwerpen die voor de begripsvorming in elkaars verlengde liggen na elkaar te behandelen. Zo bespreek ik eerst het godslasteringsverbod en ga daarna in op andere onderwerpen waarin de (religieuze) vrijheid van meningsuiting aan de orde is. Ook ga ik eerst in op het onderwerp van het kerkgenootschap om vervolgens de vrijheid van het kerkgenootschap te analyseren. In dat opzicht ligt het ook voor de hand om de belastingvrijstellingen van onder andere kerkelijke instellingen pas te bespreken nadat eerst in algemene zin het kerkgenootschap en haar vrijheid aan bod is gekomen. Dezelfde logica is toegepast bij de onderwerpen binnen het onderwijsrecht. Voor een goed begrip van de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs is het zinvol om eerst apart het openbaar en bijzonder onderwijs te bespreken.

De grote variatie van de te analyseren onderwerpen geeft een overzicht van de gehele breedte van het nationale recht voor wat betreft de wijze waarop het begrip godsdienst wordt uitgelegd. Naar aanleiding van dit onderzoek zijn er algemene conclusies getrokken over het juridische begrip van godsdienst. Er is echter niet gepoogd om een uitputtend beeld te geven. Er

72 De onderwerpen 2-4 kunnen niet goed worden onderverdeeld in rechtsgebieden omdat ze betrekking hebben op meerdere (klassieke) rechtsgebieden.

zijn een beperkt aantal onderwerpen niet in het onderzoek meegenomen.⁷³ Het onderzoek beoogt niet een volledige weergave te geven van de uitleg van het begrip godsdienst. Wel is gepoogd om de belangrijkste onderwerpen in het recht waar het begrip van godsdienst een rol speelt in het onderzoek te betrekken.⁷⁴

In het theoretisch gedeelte analyseer ik relevante rechtsdogmatiek, -geschiedenis, -filosofie en becommentariërende teksten over wetgeving en standaardarresten. Het onderscheid tussen het theoretisch en het positiefrechtelijk gedeelte is niet heel scherp in de zin dat in beide gedeelten veel overlap is in de te analyseren bronnen. Het verschil is dat het theoretisch gedeelte gericht is op de beschrijving van de dogmatiek en achtergronden, op de theorie dus, en dat het positiefrechtelijk gedeelte een analyse vormt van het geldend recht op grond van wetgeving, parlementaire publicaties en jurisprudentie. Beide zijn vormen van tekstanalyse.

Het concluderende deel vormt de basis waarop ten slotte in het betogende deel van het onderzoek het huidige juridische begrip van godsdienst wordt bekritiseerd en er aanbevelingen worden gedaan ter verbetering van dit begrip.

73 Bijvoorbeeld in het migratierecht bij de aanvraag van de verblijfsvergunning regulier. Daarin speelt het kwalificatievraagstuk ten aanzien van het verblijfsdoel van verschillende geestelijke ambten zoals voorganger, zendeling, vrijwilliger, kloosterling. De vraag is dan of het verblijfsdoel van deze functionarissen kan worden gekwalificeerd als 'arbeid in loondienst'. Zie hierover Zondag 2005, p. 10, 11. Een ander voorbeeld is het mediarecht waarin in het verleden kwalificatievragen aan de orde waren over de kwestie welke kerken en religieuze of levensbeschouwelijke organisaties in aanmerking konden komen voor zendtijd. Zie De Goede, *TvRRB* 2012-1.

74 Zie voor de 'selectie' van wetgeving en jurisprudentie deel III onder het kopje 'Opzet analyse'.

Deel II
Theoretisch kader

2.1 WANNEER WORDT HET BEGRIP GODSDIENST UITGELEGD?

De factoren die bepalen of de wetgever of rechter een wettelijk object met een religieus karakter (nader) definieert of als zodanig kwalificeert worden gedisciplineerd door de systematiek van het positieve recht. Binnen deze systematiek speelt normenhiërarchie een grote rol. Een belangrijk uitgangspunt in deze systematiek is dat de grondwetgever de grondrechten en de wijze van totstandkoming van wetgeving heeft vastgelegd in de Grondwet. Het huidige onbepaalde godsdienstbegrip is in belangrijke mate het werk van de grondwetgever, neergelegd in artikel 6 Grondwet. De grondwetgever heeft de bevoegdheid om het godsdienstbegrip te veranderen of aan te vullen of om direct bepaalde uitingen en gedragingen als godsdienstig te kwalificeren. Daarnaast kan het godsdienstbegrip op grond van de aan de formele wetgever geattribueerde wetgevende bevoegdheid (artikel 81 Grondwet) in bepaalde mate worden ingevuld door de totstandkoming van wetten waarin religie een rol speelt en waarin uitwerking wordt gegeven aan de grondwettelijke en in het EVRM opgenomen term godsdienst. Het ligt gezien de onbepaalde definitie van de grondwetgever niet voor de hand dat de formele wetgever een welomschreven definitie geeft van godsdienst. Wel zou de wetgever direct invloed kunnen uitoefenen door zelf in wetgeving concrete objecten als godsdienst(ig) te kwalificeren. Ook is het aannemelijk dat de wetgever bij het regelen van een bepaald onderwerp – waarin religie een rol speelt – de betekenis van godsdienst binnen die context nader afbakent. Deze nadere afbakening is in feite een abstracte definiëring van het begrip godsdienst. Deze afbakening kan ook door de rechter geschieden. Voor de rechter geldt des te meer, vanwege de uitgangspunten van de *trias politica* (hij zal niet op de stoel van de wetgever willen gaan zitten), dat het niet voor de hand ligt dat hij een welomschreven definitie van godsdienst zal geven.

Een ander belangrijk normen-hiërarchisch uitgangspunt is dat artikel 93 van de Grondwet bepaalt dat ieder verbindende bepalingen van verdragen en van volkenrechtelijke organisaties verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt, en bepaalt artikel 94 van de Grondwet dat deze bepalingen voorgaan op nationale wettelijke bepalingen. Hierdoor wordt het juridische godsdienstbegrip tevens beheerst door verdragsbepalingen. Met name artikel 9 EVRM legt groot gewicht in de schaal. Aangezien de grondwetgever net als de formele wetgever en de rechter is gebonden aan ieder verbindende verdragsbepalingen kunnen we stellen dat van het verdragsrecht zelfs de grootste invloed kan uitgaan op het juridische begrip van godsdienst. Ook kunnen verdragsbepalingen bepaalde uitingen en gedragin-

gen als godsdienstig kwalificeren. Zoals we echter zullen zien geven ook de relevante verdragsbepalingen geen inhoudelijke definitie van godsdienst.

Ten slotte is een belangrijk uitgangspunt van de systematiek van het positieve recht dat het beginsel van rechtszekerheid vereist dat de wetgever en de rechter zich gebonden weten aan hun beslissingen van het verleden.¹ In het verleden heeft men keuzes gemaakt die bepalen hoe het recht in de huidige tijd omspringt met kwesties die betrekking hebben op rechten met een religieus object. Daarbij geldt het uitgangspunt dat ze vanuit de 'eenheid der wet' worden uitgelegd, dat wil zeggen dat ze worden uitgelegd vanuit de rechtsorde als geheel waarin elke wetsbepaling steeds in verband met andere moet worden begrepen. Het is bijvoorbeeld minder wenselijk wanneer uitingen en gedragingen in het strafrecht als religieus worden gekwalificeerd terwijl de religieuze aard van dergelijke uitingen en gedragingen in het bestuursrecht wordt ontkend.

Naast bovengenoemde algemene uitgangspunten ten aanzien van de juridische systematiek van het positieve recht geldt dat het begrip van godsdienst wordt bepaald door de 'grondrechtensystematiek'. Deze systematiek bestaat uit vijf aspecten. Ten eerste de afbakening van de reikwijdte van het rechtsobject van het grondrecht van de godsdienstvrijheid,² ten tweede de interpretatie en toepassing van de beperkingsclausule van de godsdienstvrijheid, ten derde de horizontale werking van en botsing tussen grondrechten, ten vierde de samenloop van de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM) met het verbod van discriminatie (artikel 14 EVRM) en ten vijfde de organisatorische of inrichtings-dimensie van de godsdienstvrijheid.³

Bij het tweede aspect, de interpretatie van de beperkingsclausule van het rechtsobject speelt het begrip van godsdienst geen rol. De vraag hoe het begrip godsdienst moet worden uitgelegd is bij het opleggen van in de wet opgenomen beperkingen niet aan de orde omdat die vraag hieraan vooraf gaat. Anders gezegd, de toepassing van het grondrecht is een tweetrapsraket: eerst komt de vraag aan de orde of het rechtsobject religieus van aard is en pas wanneer dit vaststaat kan de beperkingsclausule worden toegepast. Voor het derde aspect, de horizontale werking van en botsing tussen grondrechten, geldt dat het begrip van godsdienst niet verschilt met dat naar aanleiding van de verticale werking van de godsdienstvrijheid. Dit betekent dat er drie aspecten zijn van de grondrechtensystematiek die invloed kunnen heb-

1 Scholten 1974, p. 45.

2 Afhankelijk van de claim kan dit art. 6 Grondwet zijn of een verdragsartikel waarin de godsdienstvrijheid is vastgelegd, zoals artikel 9 EVRM of artikel 10 EU-Handvest.

3 Deze aspecten hebben dus betrekking op de twee fasen die ik noem op p. 14: enerzijds de erkenning van het religieuze karakter van een rechtsobject en anderzijds de fase van het verbinden van religieuze rechten aan een rechtsobject met een religieus karakter.

ben op het begrip godsdienst. Ten eerste de reikwijdte van het grondrechts-object, ten tweede de samenloop van de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM) met het verbod van discriminatie (artikel 14 EVRM) en ten derde de organisatorische of inrichtings-dimensie van de godsdienstvrijheid. Het eerste aspect bespreek ik in paragraaf 2, het tweede in paragraaf 3 en het derde in paragraaf 4.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat er ook rechten zijn met een religieus object die hun bestaansgrond niet vinden in het grondrecht van de godsdienstvrijheid. In beginsel zou de uitleg van het religieuze object van deze rechten ook invloed kunnen hebben op het (algemene) begrip van godsdienst. We moeten dan denken aan rechten die hun oorsprong vinden in de historische verstrengeling van kerk en staat. Sinds halverwege de 19^e eeuw, toen de scheiding tussen kerk en staat haar intrede deed, is er een proces van ontvlechting aan de gang waarbij enerzijds de kerk haar bevoorrechte positie verloor en anderzijds de overheidsbemoeienis van de kerk werd teruggesnoeid. Mogelijk zijn er nog enkele restanten van de ooit zo sterke verwevenheid van de staat met de kerk. Welke rechten dit precies zijn vergt nader onderzoek.⁴ Het ligt in de rede dat de wetgever of rechter vanwege het ideaal van rechtseenheid de reikwijdte van het rechtsobject van deze rechten zoveel mogelijk zal uitleggen aan de hand van andere rechten met een religieus object die wel hun oorsprong vinden in het grondrecht van de godsdienstvrijheid (artikel 6 Grondwet of artikel 9 EVRM).

2.2 DE REIKWIJDTE VAN DE GRONDRECHTSOBJECTEN VAN ARTIKEL 9 EVRM EN ARTIKEL 6 GRONDWET

2.2.1 Inleiding

Zowel artikel 6 Grondwet als artikel 9 EVRM beschermen de godsdienstvrijheid. De afbakening van het grondrechtsobject van deze rechten is het meest bepalend voor het juridische begrip van godsdienst. Dit komt doordat deze rechten bovenaan in de hiërarchische structuur van de rechtsorde staan. Het begrip van godsdienst dat gevormd wordt naar aanleiding van de toepassing

4 Mogelijk gaat het dan om: rechten die kunnen worden ontleend aan de Zondagswet (met deze regeling wordt de christelijke 'viering' van de zondag en overige feestdagen beschermd tegen gerucht en ordeverstoringen), de rechten op financiering van ambtsopleidingen van een aantal kerkgenootschappen, de rechten van kerkgenootschappen op belastingvoordelen (ANBI-regeling en de OZB-vrijstelling), het recht van kerkgenootschappen (art. 99 lid 2 Wet gemeentelijk basisadministratie) op inzicht in de gegevens van het bevolkingsregister (verhuizing, naamswijziging, e.d.) en het 'recht' van het (orthodox-)christelijke volksdeel dat 'God zij met ons' op enkele euromunten is geplaatst (art. 3 Muntwet 2002).

van deze grondrechten is leidend voor de toepassing van lagere wet- en regelgeving waarin religieuze termen voorkomen. Anders gezegd: wat in het kader van het grondrecht van de godsdienstvrijheid wordt uitgelegd als godsdienst(ig) heeft vanwege grondwets- of verdragsconforme interpretatie geldingskracht ten opzichte van de uitleg van godsdienst op grond van wettelijke termen met een godsdienstig karakter in lagere wetten en regels.

In deze paragraaf behandel ik de reikwijdte van de grondrechtsobjecten van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet.⁵ In 2.2.2-2.2.5 geef ik op basis van de literatuur en de jurisprudentie allereerst een gangbare beschrijving van deze rechtsobjecten. Vervolgens ga ik in 2.2.6-2.2.10 in op de vraag of er een verschil in reikwijdte is tussen het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet en dat van artikel 9 EVRM. Naast een verschil in reikwijdte tussen artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM zou er ook een verschil kunnen zitten in de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM op nationaal en EHRM-niveau. Of hiervoor aanwijzingen zijn bespreek ik in 2.2.11. Tot slot breng ik in 2.2.12 de overlap en de afbakening tussen het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid (zowel artikel 9 EVRM als artikel 6 Grondwet) en andere grondrechten ter sprake. In sommige gevallen, zo blijkt uit de jurisprudentie, worden uitingen en gedragingen met een religieus karakter niet beschermd door de vrijheid van godsdienst maar door een andere grondrecht. Wat betekent dit voor het juridische begrip godsdienst?

2.2.2 *Forum internum en forum externum*

Het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM wordt in de literatuur in het algemeen onderverdeeld in de bescherming van de onaantastbaarheid van het *forum internum*, de geestelijke vrijheid en de bescherming van het *forum externum*, de manifestatievrijheid. Het *forum internum* betreft dan het geweten en het wel of niet⁶ hebben van een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Artikel 9 EVRM beschermt het individu tegen vervolging, dwang of indoctrinatie door de overheid of andere burgers wegens het hebben van bepaalde denkbeelden, gedachten en opvattingen die al dan niet zijn geïnspireerd door religie, levensbeschouwing of moraal. De kern van de bescher-

5 Bespreking van de reikwijdte van art. 10 lid 1 EU-Handvest laat ik in dit onderzoek buiten beschouwing aangezien art. 52 lid 3 EU-Handvest bepaalt dat indien de Handvest-rechten corresponderen met rechten in het EVRM, hun inhoud en reikwijdte identiek is aan die EVRM-rechten. Zoals gezegd hebben art. 9 EVRM en art. 10 lid 1 EU-handvest dezelfde formulering en kunnen we er dus vanuit gaan dat ze dezelfde inhoud en reikwijdte hebben. Zie hierover Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2016, p. 409.

6 EHRM 18 februari 1999, nr. 24645/94 (*Buscarini and Others v San Marino*).

ming van de onaantastbaarheid van het *forum internum* ligt in de keuzevrijheid om zelf het object van geloof (of ongeloof) en denken te bepalen.⁷ De bescherming van de uitwendige godsdienst, het *forum externum*, is aan de orde wanneer bepaalde innerlijke (geloofs-)overtuigingen resulteren in uitingen of gedragingen. Uit de bewoordingen van artikel 9 EVRM kunnen we opmaken dat deze uitingen en gedragingen de vorm hebben van belijden of in het geval van levensovertuiging 'het tot uitdrukking brengen'. In artikel 9 EVRM staan hiervan een aantal concrete vormen opgenomen. Er wordt gesproken over erediensten, onderricht, praktische toepassing (van het belijden van een godsdienst) en het onderhouden van geboden en voorschriften. Met deze opsomming worden vier categorieën van belijden beschermd: het vereeren, het onderwijzen, het praktiseren en het onderhouden (*worship, teaching, practice and observance*). Deze vier vormen van belijden zijn destijds opgenomen⁸ in artikel 18 UVRM (waaraan artikel 9 lid 1 EVRM is ontleend)⁹ zonder een limitatieve opsomming te beogen.¹⁰ Zoals uit de bewoordingen van deze vormen van belijden blijkt, kunnen ze een heel scala aan uitingen en gedragingen omvatten. Dit geldt dan met name voor wat betreft de categorie het 'praktiseren en het onderhouden'. Het EHRM gaat dan ook uit van een zeer brede interpretatie van deze categorieën.¹¹ Zo vallen onder het belijden of manifesteren van godsdienst of levensovertuiging ook bepaalde 'negatieve' uitingen of gedragingen in de vorm van weigeringen, zoals de weigering van militaire dienst.¹² De vrijheid van het *forum internum* is absoluut, de vrijheid van het *forum externum* is onderhevig aan de wettelijke beperkingen opgenomen in artikel 9 lid 2 EVRM.¹³

Het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet kan eenvoudig worden omschreven als 'de vrijheid om een godsdienst te belijden', dat wil zeggen in woord en daad uitdrukking geven aan een godsdienst. Belijden houdt niet slechts in het hebben van een godsdienst, maar ook het zich daarnaar gedragen, alleen of in groepsverband. De terminologie 'belijden van godsdienst' is

7 Taylor 2005, p. 115.

8 Ze zijn opgenomen na consultatie van de 'Commission of the Churches on International Affairs van de Wereldraad van Kerken'. Zie Van Boven 1967, p. 125.

9 Zie noot 5.

10 Van Boven 1967, p. 126.

11 Van Ooijen 2012, p. 122.

12 EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03 (*Bayatyan v Armenië*). Het EHRM gaat in dit arrest 'om'. Voorheen werd geen enkel 'gewetensbezwaar' tegen militaire dienst beschermd onder de reikwijdte van art. 9 lid 1 EHRM. De lijn die de commissie trok in EHRM 12 december 1966, nr. 2299/64 (*Grandrath v Germany*) werd gevolgd, die inhield dat aangezien art. 4 lid 3 EVRM expliciet betrekking heeft op het reilen en zeilen van de dienstplicht ook voor gewetensbezwaren, art. 9 EVRM niet van toepassing kan worden geacht. Dit uitgangspunt is later steeds bevestigd.

13 M.D. Evans 2012, p. 9.

terug te leiden tot Thorbecke die naar aanleiding van de totstandkoming van artikel 184 Grondwet oud, voor het eerst in juridisch verband de woorden ‘het belijden van godsdienstige meningen’ bezigde. Sindsdien is de term belijden verbonden aan het grondrecht van de vrijheid van godsdienst.¹⁴ Als voorbeelden van belijden noemt de grondwetgever ‘het uiten in de huiselijke en openbare godsdienstoefening, het uitdragen in onderwijs, opvoeding en verkondiging, het oprichten van organisaties en het zich overigens naar deze overtuiging gedragen voor zover dat rechtstreeks uitdrukking geeft aan die overtuiging’.¹⁵ Het belijden van een godsdienst kan ook geschieden in de vorm van weigeringen om bepaalde handelingen of uitingen te verrichten. Bijvoorbeeld het weigeren om op een religieuze feestdag te werken.¹⁶ De grondwetgever heeft net als de opstellers van het EVRM niet aangegeven welke vormen van belijden betrekking hebben op levensovertuiging, maar enkel gesteld dat het fenomeen levensovertuiging moet worden begrepen vanuit het fenomeen godsdienst.¹⁷ Dit lijkt te impliceren dat het belijden van levensovertuiging op soortgelijke wijze plaatsvindt als godsdienst. Toch blijven er dan nog veel vragen over voor wat betreft de concrete vormen van dit belijden.¹⁸ De bewoordingen van artikel 6 Grondwet (met name het werkwoord belijden¹⁹) richten zich niet op de innerlijke overtuiging van een justitiabele maar op de uiterlijke gevolgen daarvan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat ook het ‘hebben’ (of juist niet hebben) van een godsdienst of levensovertuiging beschermd is.²⁰ Artikel 6 Grondwet beschermt dus net als artikel 9 lid 1 EVRM tevens het *forum internum*.

Uit de rechtsgeschiedenis blijkt dat de wil van de wetgever om het individu te beschermen tegen vervolging op grond van innerlijke overtuigingen (*forum internum*) al heel oud is. Reeds in artikel XIII van de Unie van Utrecht (1579) was een zogenaamd inquisitieverbod opgenomen: ‘... dat een yder particulier in zijn religie vrij sal moegen blijven ende dat men nyemant ter cause van de religie sal moegen achterhaelen ofte ondersoucken’.²¹ Men heeft naar aanleiding van de grondwetswijziging van 1983 in het parlement de nodige discussies gevoerd over de noodzaak van opneming van een grondrecht dat expliciet de gewetensvrijheid beschermt. Men hanteerde daarbij een opvatting van de gewetensvrijheid die verder ging dan enkel de bescherming tegen religieuze of levensbeschouwelijk indoctrinatie of dwang en vervolging op grond van de innerlijke overtuiging (bescherming van het *forum*

14 Van der Pot/Donner 1983, p. 255.

15 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 29.

16 HR 30 maart 1984, AB 1984, 366 r.o. 3.3, m.nt. F.H. van der Burg.

17 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 7.

18 Van Bijsterveld & Vermeulen 2013.

19 Belijden suggereert immers iets externs, iets bekendmaken, uitdragen, etc.

20 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3.

21 Van der Pot/Donner 1983, p. 255.

internum), zoals die wordt gegarandeerd door artikel 6 Grondwet en artikel 9 lid 1 EVRM. De gewetensvrijheid zou dan ook een externe kant (*forum externum*) krijgen in de vorm van het recht om handelingen te weigeren die in strijd zijn met het geweten.²² Met andere woorden, men wilde gewetensbezwaarden de mogelijkheid geven om af te zien van het gehoorzamen van de wet indien hun geweten hen daartoe noopte. Nu zijn er wel enkele bepalingen in de wet opgenomen, zoals artikel 7:681 lid 2e BW op grond waarvan een werknemer beschermd wordt tegen ontslag wanneer hij wegens gewetensbezwaren weigert de afgesproken arbeid te verrichten, maar de gewetensvrijheid is nooit als zodanig in algemene zin geconstitutionaliseerd. Hier toe is men niet overgaan onder andere vanwege de 'oeverloosheid' van de term geweten. Het zou onmogelijk zijn om aan deze term een objectieve betekenis te geven. De angst bestond dat een dergelijk recht zou resulteren in wanorde aangezien eenieder zich dan op grond van zijn subjectieve gewetensinhoud zou kunnen onttrekken aan het navolgen van wettelijke regelingen.²³

2.2.3 Het grondrechtsobject op theoretisch en praktisch niveau

De grondrechtsobjecten van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet hebben een theoretisch en een praktisch niveau. Dit geldt zowel voor de bescherming van het *forum internum* als voor het *forum externum*.

Laat ik dit eerst toelichten aan de hand van de bescherming van het *forum externum*. Uit de bewoordingen van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM kunnen we afleiden dat het *forum externum* gestalte krijgt in het belijden. Het belijden van godsdienst vindt plaats door uitingen of gedragingen van het rechtssubject. Deze worden pas als godsdienstige uitingen en gedragingen gekwalificeerd indien ze voortvloeien uit een godsdienst of levensbeschouwing. Wil een uiting of gedraging gekwalificeerd worden als godsdienstig of levensbeschouwelijk dan geldt dus dat er op theoretisch niveau sprake moet zijn van een 'leer' of 'traditie' die begrepen kan worden als een godsdienst en op praktisch niveau dat er sprake moet zijn van een uiting of gedraging die een uitwerking is van een godsdienstige leer of traditie.²⁴ Indien

22 *Kamerstukken II* 1975-76, 13872, nr. 6 (Voorlopig Verslag), p. 6, 7.

23 Zie hierover: Vermeulen 1989.

24 Overigens lijkt het EHRM niet altijd bereid te zijn om daadwerkelijk onderzoek te doen naar het verband tussen een godsdienstige leer of traditie en de betreffende uiting of gedraging. In sommige zaken wordt zonder nadere motivering ontkend dat een bepaalde uiting of gedraging valt onder de reikwijdte van art. 9 EVRM. Een beroep hierop wordt dan afgewezen, zie bijvoorbeeld: EHRM 24 november 2009 (ontv.), nr. 16072/06 en 27809/08 (*Brian Leonard and Friends v het Verenigd Koninkrijk en Countryside Alli-*

bijvoorbeeld een moslima klaagt dat haar godsdienstvrijheid is geschonden vanwege een verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding op een openbare school, dan zal eerst nagegaan moeten worden of haar wens om gelaatsbedekkende kleding te dragen voortvloeit uit een leer of traditie die als godsdienst kan worden gekwalificeerd en vervolgens of deze gedraging een uitwerking is van deze godsdienst.

Ook de bescherming van het *forum internum* heeft een theoretisch en een praktisch niveau. Bij een beperking van of een inbreuk op het *forum internum* doet de kwalificatievraag zich echter veelal niet voor aan de kant van het grondrechtsobject. De reden hiervoor is dat het koesteren van een (geloofs-) overtuiging niet altijd publiekelijk kenbaar is, en indien deze kenbaarheid ontbreekt er simpelweg ook geen sprake van kwalificatie kan zijn. In plaats daarvan zou de kwalificatievraag dan kunnen spelen aan de kant van de staat (of in geval van horizontale werking een medeburger).²⁵ Dit speelde bijvoorbeeld in de *Lautsi*-zaak die diende voor het EHRM. In deze Italiaanse zaak meende een moeder dat de Italiaanse staat de godsdienstvrijheid van haar kinderen schond omdat er in Italiaanse openbare scholen kruisbeelden ten toon werden gespreid. Zij stelde dat haar kinderen op deze manier werden geïndoctrineerd met christelijk gedachtegoed.²⁶

Het theoretische niveau van de bescherming van het *forum internum* is in dergelijke gevallen dat moet worden bepaald of de uiting of gedraging (inbreuk) die is gedaan door de staat is ingegeven door een leer of traditie die als godsdienst kan worden gekwalificeerd en het praktische niveau is dan dat bepaald moet worden of de betreffende uiting of gedraging een uitdrukking is van een godsdienstige leer of traditie. Toegepast op de *Lautsi*-zaak betekent dit dat men eerst moet nagaan of het tentoonspreiden van kruisbeelden een gedraging is die is ingegeven door een leer of traditie die kan worden gekwalificeerd als godsdienst. Aangenomen dat men stelt dat het tentoonspreiden van kruisbeelden is ingegeven door de leer of traditie van het christendom en dat deze leer of traditie inderdaad gekwalificeerd kan worden als godsdienst, zal men vervolgens moeten nagaan of het tentoonspreiden van kruisbeelden een uitwerking is van de leer of traditie van het christendom. Dat dit geen uitgemaakte zaak is, bleek uit het verweer van de Italiaanse staat die stelde dat de tentoonspreiding van kruisbeelden in de klaslokalen onderdeel was van een algemene seculiere westerse cultuur en niet voortvloeide uit godsdienst. Om die reden zou er geen sprake zijn van

ance e.a. v het Verenigd Koninkrijk), par. 59; ECRM 27 februari 1979, nr. 7865/77 (*Company X. v Zwitserland*); EHRM 15 april 1996, nr. 20471/92 (*Kustannus r.y. e.a. v Finland*).

25 EHRM 12 april 2007, nr. 52435/99 (*Ivanova v Bulgaria*), par. 79.

26 EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (*Lautsi v Italy*), par. 59.

indoctrinatie en daarmee ook niet van een schending van het *forum internum*.²⁷

In de volgende twee subparagrafen komt aan de orde hoe in de wetgeschiedenis en in standaardarresten invulling is gegeven aan het hierboven besproken theoretische (2.2.4) en praktische niveau (2.2.5) van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid.

2.2.4 Is er sprake van een godsdienstige of levensbeschouwelijke 'leer' of 'traditie'?

Uit de standaardarresten en de literatuur hierover valt op te maken dat de nationale rechter in het kader van artikel 6 Grondwet of artikel 9 EVRM geen inhoudelijke definitie heeft gegeven van een godsdienstige leer of traditie. Dit geldt ten aanzien van artikel 9 EVRM ook voor het EHRM.²⁸ Wel kunnen we uit de nationale en EHRM jurisprudentie opmaken dat in het kader van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM zowel christelijke als niet-christelijke geloofsovertuigingen tot godsdienst worden gerekend en dat de geloofsbeleving zowel op individuele als gemeenschappelijke basis kan plaatsvinden.²⁹ De grote religieuze tradities (christendom, Jodendom, islam, boeddhisme, hindoeïsme) en de minderheidsvarianten van deze godsdiensten worden dan ook probleemloos als religie erkend.³⁰ Over maatschappelijk gezien minder vertrouwde of traditionele religies en overtuigingen geeft het EHRM, net als de Nederlandse rechter in het kader van artikel 6 Grondwet minder duidelijkheid. Zo worden het Jehova's getuigen-geloof,³¹ het mormonisme,³² het neo-paganisme,³³ de Moonbeweging,³⁴ de Bhagwanbeweging³⁵ en de bewe-

²⁷ Zie hierover 17.4 uitgebreid.

²⁸ Zie ook Van Ooijen 2012, p. 121.

²⁹ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (*Kokkinakis v Greece*), par. 31; EHRM 6 november 2008, nr. 58911/00 (*Leela Forderkreis e.V. v Germany*), par. 80; EHRM 15 januari 2013 nr. 48240/10 (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 81. Zie ook *Kamerstukken II* 1975-76, 13872, nr. 6 (Voorlopig Verslag), p. 11; Pel 2013, p. 58.

³⁰ Zo erkent het EHRM de gebruiken met betrekking tot de rituele slacht van een orthodoxe variant van het Jodendom als onderdeel van een religie. EHRM 27 juni 2000, nr. 27417/95, AB 2000, 116, m.nt. B.P. Vermeulen.

³¹ EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (*Kokkinakis v Greece*).

³² EHRM 4 maart 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0304JUD0000755209 (*Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v UK*).

³³ EHRM 18 september 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0918DEC002289708 (*Ásatrúarfélagið v Iceland*).

³⁴ ECRM 15 oktober 1981, nr. 8652/79 (*X. v Austria*).

³⁵ EHRM 6 november 2008, nr. 58911/00 (*Leela Forderkreis v Germany*).

ging van het Divine Light Zentrum³⁶ wel als religies of levensovertuigingen gekwalificeerd, maar laat het EHRM bijvoorbeeld open of de Wicca-beweging³⁷ en het druïdisme³⁸ juridisch te beschermen godsdiensten zijn. Over de uitlating dat de Holocaust een zionistische leugen is concludeerde de Commissie dat deze '(...) did not reflect a "belief" within the meaning of Article 9 of the Convention (...)'.³⁹

De wordingsgeschiedenis van artikel 18 UVRM (de totstandkoming van artikel 9 EVRM is hierop geïnspireerd⁴⁰) toont aan de vrijheid tot het belijden van godsdienst of het tot uitdrukking brengen van levensovertuiging geen betrekking heeft op uitingen en gedragingen die vallen buiten het religieuze en levensbeschouwelijke vlak. Welke uitingen en gedragingen dit zijn is ook niet geheel duidelijk. Men kan denken aan uitingen en gedragingen op het gebied van de politiek, de wetenschap en de cultuur. Deze vallen onder het bereik van artikel 19 van het UVRM (vrijheid van meningsuiting).⁴¹ Ook de Nederlandse rechter kwalificeert politieke overtuigingen niet als godsdienst of levensovertuiging.⁴² Bekende (politieke) waardesystemen als het pacifisme,⁴³ atheïsme,⁴⁴ veganisme⁴⁵ en communisme⁴⁶ werden door het EHRM echter wel als levensovertuiging erkend. De grens tussen een levensovertuiging en een politieke, wetenschappelijke of culturele overtuiging is daarmee in de EHRM-jurisprudentie vervaagd.

Het EHRM stelt als bodemeis voor een beroep op de godsdienstvrijheid dat sprake moet zijn van denkbeelden met een 'zekere graad van begrijpelijkheid, ernst (serieusheid), cohesie (samenhang) en belangrijkheid': 'The

36 ECRM 19 maart 1981, nr. 8118/77 (*Omkanananda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*).

37 Volgens het ECRM was de justitiabele er niet in geslaagd uiteen te zetten wat de Wicca-religie inhoudt en kon de Wicca-religie daarom niet worden geïdentificeerd als een religie. ECRM 4 oktober 1977, nr. 7291/75 (*X. v UK*).

38 EHRM 1988, 10 EHRR 503 (*Chappell v UK*). Zie Murdoch 2012, p. 17.

39 ECRM 29 maart 1993, nr. 19459/92 (*F.P. v Federal Republic of Germany*).

40 Zie noot 4.

41 Van Boven 1967, p. 124,125.

42 Het Gerechtshof 's-Gravenhage oordeelde conform de grondwetsgeschiedenis dat een politieke overtuiging niet hetzelfde is als een levensovertuiging, omdat een levensovertuiging betrekking heeft op alle facetten van het leven. Gerechtshof 's-Gravenhage 19 maart 2003, NJ 2003, 382.

43 EHRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75 (*Arrowsmith v UK*).

44 EHRM 3 september 1986, nr. 10491/1983 (*Angelini v Sweden*).

45 EHRM 10 februari 1993, nr. 18187/91 (*C.W. v UK*).

46 EHRM 11 oktober 1991, nrs. 16311/90, 16312/90 en 16313/90 (*Hazar, Hazar and Acik v Turkey*).

right to freedom of thought, conscience and religion denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'.⁴⁷

Het EHRM stelt bovengenoemde eisen als voorwaarde om een beroep te kunnen doen op de godsdienstvrijheid. Dit impliceert dat godsdienst zelf begrijpelijk, serieus, samenhangend en belangrijk is. Het EHRM heeft de betekenis van deze termen niet verder geëxpliciteerd. Ze zijn vaag. Want hoe bepaalt het EHRM of een godsdienstige opvatting begrijpelijk, serieus samenhangend of belangrijk is?

Met de term begrijpelijkheid kan men nog redelijk uit de voeten. Als er aan de opvattingen van het rechtssubject geen touw is vast te knopen dan kan men in algemene zin stellen dat ze onbegrijpelijk zijn. Een rechter kan moeilijk onbegrijpelijke opvattingen als godsdienstig kwalificeren. Dat zou de deur openzetten om elke singuliere opvatting als zodanig te kwalificeren. De eis van voldoende samenhang kan men in het licht zien van de eis van begrijpelijkheid. Vage ideeën of opvattingen⁴⁸ en tegenstrijdige verklaringen⁴⁹ zijn immers niet samenhangend en daardoor vaak niet goed te begrijpen. De term samenhang is wellicht het beste te toetsen. Men kan immers nagaan in hoeverre opvattingen van een rechtssubject op elkaar zijn afgestemd en een groter geheel vormen of dat de opvatting slechts betrekking heeft op één aspect van het leven. Over deze eis is dan ook de meeste jurisprudentie te vinden. In de *Blumberg*-zaak oordeelde het EHRM dat de weigering van een bedrijfsarts om een aspirant-bedrijfsarts te onderzoeken wegens een moreel dilemma niet kan worden gekwalificeerd als een levensovertuiging. Het EHRM overwoog:

'(...) that the applicant's refusal to examine the apprentice does not constitute an expression of a coherent view on a fundamental problem and that it cannot therefore be regarded as a "manifestation of personal beliefs" in the sense protected by Article 9 (...).'⁵⁰

Ook vond het EHRM de wens om na overlijden als as uitgestrooid te worden over het eigen land onvoldoende getuigen van een coherente visie op bepaalde fundamentele problemen om als levensbeschouwelijke overtuiging te kunnen worden gekwalificeerd.⁵¹ We zien in deze zaken dat het EHRM de eis van samenhang koppelt aan het idee dat een godsdienstige of levensbe-

47 Ten aanzien van levensovertuiging: EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v UK*), par. 36. Ten aanzien van godsdienst: EHRM 15 januari 2013, EHRC 2013/67 (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82.

48 EHRM 10 juli 1998, nr. 57/1997/841/1047 (*Sidiropoulos and others v the UK*), par. 41.

49 ECRM 13 oktober 1982, nr. 8566/79, (*Y., Y. en Z. v het Verenigd Koninkrijk*), gevonden in: Vanden Heede 2015.

50 EHRM 18 March 2008 (dec.), appl. no. 14618/03 (*Blumberg v Germany*).

51 ECRM 10 maart 1981, nr. 8741/79. (*X. v de Bondsrepubliek Duitsland*).

schouwelijke opvatting betrekking moet hebben op een fundamenteel vraagstuk.⁵² Een godsdienstige of levensbeschouwelijke opvatting is een samenhangende visie op een fundamenteel vraagstuk. Het EHRM expliciteert niet wat het bedoelt met een 'fundamenteel vraagstuk'. Sommige auteurs opperen dat hiermee gerefereerd wordt aan bepaalde universele levensvragen, zoals die over de oorsprong, zin en doel van het bestaan.⁵³ Anderen stellen dat in principe alle diep doorvoelde gewetensvragen hieronder kunnen vallen.⁵⁴

We kunnen de eis van samenhang ook begrijpen vanuit het perspectief van de gevestigde godsdiensten. Aangezien deze godsdiensten veelal een samenhangende visie op alle aspecten van het leven inhouden (denk aan het katholicisme) is men wellicht geneigd om ook andere godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen door die bril te zien.⁵⁵

De eisen van serieusheid en belangrijkheid zijn subjectief van aard. Deze eisen hebben betrekking op de gemoedstoestand van een rechtssubject. Is het rechtssubject serieus in zijn claim of is zijn claim onoprecht? En: vindt het rechtssubject zijn godsdienst wel zo belangrijk dat het hieraan rechten wilt ontnemen? Toch stelt het EHRM deze eisen aan godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen als zodanig en niet enkel aan de aanhangers van een godsdienst of levensbeschouwing. Met andere woorden: godsdienst zelf moet serieus en belangrijk zijn. Dit valt te verklaren wanneer we bedenken dat uit de ontstaansgeschiedenis van een 'godsdienst' kan blijken dat deze niet serieus is bedoeld. Het EHRM kiest ervoor om dergelijke godsdiensten niet te beschermen, ook niet wanneer de huidige aanhangers van diezelfde godsdienst het wel serieus menen. Men kan immers oprecht een niet-serieus bedoelde godsdienst aanhangen. De 'stichters' van een dergelijke godsdienst waren dan niet serieus maar vervolgens zijn er aanhangers die geloven dat de godsdienst wel serieus bedoeld is. Dit is echter vrij onwaarschijnlijk en is vooral een theoretische mogelijkheid. De andere wel meer waarschijnlijke optie is dat men onoprecht een serieuze of niet-serieuze godsdienst aanhangt. Dit kan men doen om er beter van te worden, bijvoorbeeld als dekmantel voor belastingontduiking. Vermoedelijk is het voorkomen van dit soort misbruik de reden geweest dat het EHRM de eis van ernst of serieusheid heeft geformuleerd.

Een Nederlands voorbeeld van een zaak waarin de ernst van een beweerdelijk aangehangen godsdienst ter discussie stond is het *Sint Walburga*-arrest. Het ging hier om een seksclub die zich presenteerde als kerkgenootschap

52 Zie EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v the UK*).

53 Venter 2015, p. 11; Witte, p. 100-101; Sandberg 2011, p. 50.

54 Nehushtan 2008, p. 243-267; Eisgruber & Sager 2007.

55 Webber 2008, p. 26-43.

(‘Kerk van Satan’) om zich zo te kunnen onttrekken aan routinematige politiecontroles. Deze zouden volgens de uitbaters van deze seksclub het ‘satanistische ritueel’ verstoren. De Hoge Raad accepteerde de uitleg van het Gerechtshof Den Haag, dat de seksuele activiteiten die plaatsvonden in de seksclub niet konden worden gekwalificeerd als activiteiten in het kader van een godsdienst. Hoewel het hof overwoog dat gezien de multiculturele samenleving niet alleen aanhangers van de christelijke of joodse godsdienst zich mogen beroepen op artikel 6 Grondwet, stelde het wel de eis ‘... dat het om godsdienst gaat...’. Het hof overwoog dat de activiteiten van de seksclub zich in niets onderscheiden van de activiteiten van een gewone seksclub en dat bij de bezoekers en bij het personeel (‘zusters’ van Walburga) geen religieuze ervaring zou zijn waar te nemen.⁵⁶ Het hof legde daarbij niet verder uit waarom er geen sprake was van godsdienst en waarin een normale ervaring verschilt van een religieuze ervaring.

Advocaat-Generaal Franx meent echter dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is. Volgens Franx kunnen activiteiten die zich in niets onderscheiden van hetgeen zich in een gewone sexclub afspeelt in *ernst* redelijkerwijs niet worden beschouwd als godsdienstuitoefening. In tegenstelling tot het hof geeft Franx in zijn conclusie wel een uitgebreide argumentatie. Voorop stelt hij dat een wettelijke definitie van het begrip godsdienst niet voorhanden is. Vervolgens stelt Franx dat de vrijheid van godsdienst met zich brengt dat de wetgever zich onthoudt van beantwoording van de vraag wat godsdienst is. Dat brengt echter niet mee dat alles wat zich godsdienst noemt ook godsdienst in de zin van artikel 6 Grondwet is. Volgens Franx mag de rechter om te bepalen wat godsdienst is niet onverkort voorbij gaan aan hetgeen hem van theologische zijde wordt aangereikt. Hij leidt vervolgens uit het werk van de bekende godsdienstsocioloog Otto af dat godsdienst wordt gekenmerkt door de ervaring van God ‘... als een ontzagwekkend geheimenis, dat met eerbied vervult, aantrekt en vertrouwen en liefde opwekt’. Volgens Franx mag een godsdienst getoetst worden aan het criterium van een ‘culte sérieux’: niet als godsdienst of als godsdienstuitoefening kan worden gekwalificeerd wat als niet serieus of als die namen niet waardig kan worden beschouwd. Op grond van dit uitgangspunt vindt hij het oordeel van het hof juist.⁵⁷ Kortom: Advocaat-Generaal Franx destilleert de eis van serieusheid uit een zeker (theologisch) concept van godsdienst en komt vervolgens tot de slotsom dat de activiteiten van de Sint-Walburga kerk niet serieus zijn.

In 2017 oordeelde de Rechtbank Oost-Brabant dat het ‘pastafarisme’ niet aan de EHRM-eis van voldoende serieusheid voldoet. Pastafaristen pretenderen onder andere te geloven in een vliegend spaghettimonster. De rechter over-

56 HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173, m.nt. ThWvV, r.o. 5.

57 Conclusie AG Francks bij HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173.

weegt allereerst dat het pastafarisme is ontstaan als vorm van verzet tegen het onderwijs in Intelligent Design (ID) op Amerikaanse scholen naast het onderwijs in de evolutietheorie. De rechtbank wijst op de opmerking die de oprichter van het pastafarisme Bobby Henderson in een brief aan de Kansas School Board maakt: '(...) dat geloof of levensovertuiging niet aangemerkt mag worden als wetenschap'. Ten tweede overweegt de rechter dat het pastafarisme onmiskenbaar een satirisch karakter heeft omdat er in de leer en in de oefening van de godsdienst wordt geparodieerd op bestaande godsdiensten. Dit valt moeilijk te ontkennen. Eenieder die het 'evangelie' van het pastafarisme googelt zal het komische karakter van deze beweging niet ontgaan. Overigens stelt de rechter '(...) dat satire niet zonder meer uitsluit dat er sprake is van een geloof of levensbeschouwing (...)'.⁵⁸ In dit geval is het satirisch karakter van de beweging volgens de rechter echter te sterk om te kunnen voldoen aan de eis van voldoende serieusheid. De rechter wijst daarbij onder andere op Opperpiraat 'Mosey' die leefde omstreeks het jaar 1800 en die met 10 stenen tabletten de berg afdaalde waarop reeds melding wordt gemaakt van TV en breedband. De rechtbank gaat concreet in op de context waarbinnen deze 'godsdienst' is ontstaan en op een aantal algemene beginzelen van dit geloof en concludeert dan dat het satirische karakter van dit geloof evident is.⁵⁹ We kunnen stellen dat de rechter hier ten minste stelt dat de oprichters van het pastafarisme onoprecht zijn geweest. Of de huidige aanhangers ook onoprecht zijn wordt door de rechter in het midden gelaten. De rechter gaat daarop niet in omdat hij de eis van serieusheid conform de EHRM-jurisprudentie begripmatig uitlegt: hij legt godsdienst uit als een

58 Rb. Oost-Brabant 15 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:762, r.o. 5.5.

59 Zie voor een minder overtuigende argumentatie: Rb. Noord-Nederland 28 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3626, r.o. 2.4; Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:275, r.o. 7; CRM 11 december 2017, oordeel 2017-145. De Noord-Nederlandse rechtbank stelt dat de eiser er niet in is geslaagd te bewijzen dat het pastafarisme het dragen van een hoofddeksel voorschrijft. De rechter lijkt in de bewijslast vooral mee te wegen dat de eiser soms om niet-religieuze redenen afziet van het dragen van het vergiet. De benadering van de Rechtbank Gelderland is welbeschouwd in de kern dezelfde als die van de Rechtbank Noord-Nederland. De rechter vindt het *onaannemelijk* dat het vliegend spaghettimonster eiser verbiedt om zonder vergiet op de foto te gaan. Ook in de zaak voor het College voor de Rechten van de mens (CRM) ligt de focus op de gedraging (in dit verband het dragen van een piratenkostuum) in plaats van op de godsdienstige leer of traditie zelf. In tegenstelling tot de Rechtbank Noord-Nederland, de Rechtbank Gelderland en het CRM focust de Rechtbank Oost-Brabant niet op de gedraging zelf maar juist op de leer of traditie. Haar oordeel komt erop neer dat zij het pastafarisme ongeloofwaardig acht. De benadering van de Rechtbank Oost-Brabant heeft de voorkeur omdat de hete aardappel in deze kwestie vooral het geloof in het vliegend spaghettimonster zelf is en in mindere mate of het dragen van een vergiet (of een piratenkostuum) 'intimately linked' is met deze 'godsdienst'. Zie hierover: Vleugel, *RMThemis* 2017/5; Hennekens, *WPNR* 2016/7105; Verheij, *NJB* 2018/2.

serieus fenomeen. In hoeverre de aanhangers dit niet-serieuze fenomeen vervolgens toch oprecht uitleggen als serieus fenomeen doet dan niet meer ter zake.

Ten slotte sluit het EHRM bepaalde (religieuze) overtuigingen bij voorbaat uit van de werkingssfeer van artikel 9 EVRM. Ten eerste stelt het de eis dat de te beschermen religie of overtuiging niet in strijd mag zijn met de menselijke waardigheid.⁶⁰ Wellicht dat deze eis uitsluit dat racisme, fascisme, pedofilie etc. als 'overtuiging' worden erkend.⁶¹ Ten tweede stelt het dat overtuigingen die het secularisme⁶² niet eerbiedigen niet noodzakelijk vallen onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM:

'(...) the principle of secularism is certainly one of the fundamental principles of the State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention (...).' ⁶³

De twee bovengenoemde eisen van het EHRM aan de reikwijdte van artikel 9 EVRM zijn opmerkelijk. De vraag is waarom het EHRM vindt dat overtuigingen die hieraan niet voldoen buiten de reikwijdte van de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM moeten vallen. Is dit omdat het EHRM vindt dat dergelijke overtuigingen niet godsdienstig of levensbeschouwelijk (kunnen) zijn? Dat zou vreemd zijn. Waarom zouden bijvoorbeeld godsdiensten met een racistisch karakter (denk aan de Ku Klux Klan?) geen godsdienst kunnen zijn? Waarschijnlijk wil het EHRM met bovengenoemde eisen geen rechten

60 EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v UK*), par. 36. Wat met menselijke waardigheid wordt bedoeld is discutabel. J. Murdoch (*Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion*, Council of Europe 2012, p. 16) stelt dat overtuigingen die de hulp aan zelfdoding (EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v the UK*), par. 31), de voorkeur voor een bepaalde taal (EHRM 23 juli 1968, nrs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (*Belgian Linguistic case*), par. 6.), of het uitstrooien van menselijke overblijfselen (as) over het eigen land om religieuze redenen (EHRM 10 maart 1981, nr. 8741/79 (*X. v Germany*)), huldigen, hiermee in strijd zijn.

61 De Beer werpt de vraag op of deze overtuigingen ook als levensovertuiging kunnen gelden. Zie De Beer, *S&D* 2007/10, p. 23.

62 Het EHRM spreekt in het kader van deze Turkse zaak over secularisme. Hiermee bedoelt het m.i. een staatsmodel waarin kerk en religie geen overwegende invloed hebben op wetgeving, rechtspraak en bestuur.

63 EHRM 13 februari 2003 (GK), nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98, NJ 2005, 73, m.nt. Alkema; AB 2003, 152, m.nt. Kanne, ECLI:NL:XX:2003:AN7452 (*Refah Partisi (the Welfare Party) e.a. v Turkije*), par. 93.

toekennen aan aanhangers van godsdiensten die met hun claim de vrijheden van anderen willen beperken. Als dat de strekking van deze eisen is, dan ligt het echter meer voor de hand om ten aanzien van dergelijke claims de misbruikbepaling opgenomen in artikel 17 EVRM toe te passen. Daarin is bepaald dat een beroep op de in het verdrag genoemde grondrechten nooit gebruikt mag worden om '... rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien'.

2.2.5 Is er sprake van een direct verband tussen de godsdienstige leer en de betreffende uiting of gedraging?

In de voorgaande subparagraaf stond wat ik in paragraaf 2.2.3 het theoretische niveau van het grondrechtsobject heb genoemd centraal. In deze paragraaf bespreek ik het praktische niveau van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid. Het gaat dan dus om de vraag wanneer volgens het geldend recht een uiting of gedraging een uitwerking is van een godsdienstige leer of traditie.

Een belangrijk arrest in dit kader is het AOW arrest.⁶⁴ Dit arrest ging over een dominee die op grond van zijn godsdienstige overtuigingen weigerde AOW-premie te betalen omdat hij vond dat de kerk in zijn levensonderhoud diende te voorzien, ook als hij met emeritaat was. De Hoge Raad oordeelde dat de AOW-regeling een wettelijke regeling betreft die geen betrekking heeft op het tot uiting brengen van godsdienst of levensovertuiging. Het staat een ieder niet in het algemeen vrij aan een wettelijk voorschrift 'verbindende kracht te zijnen aanzien te ontzeggen op grond van een daartegen bij hem bestaand bezwaar ontleend aan zijn godsdienst of levensovertuiging.' Het bezwaar van de dominee viel dus niet binnen de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst. In dit arrest overwoog de Hoge Raad voor het eerst dat er slechts sprake is van een godsdienstige uiting of gedraging wanneer het gaat om een handeling die 'naar zijn aard uitdrukking geeft aan een godsdienstige overtuiging'. Met andere woorden, de Hoge Raad gaat uit van een interpretatie van belijden waaronder alleen het belijden in engere zin, zoals bidden of het houden van erediensten, kan worden geschaard. Alledaagse gedragingen vallen hier in beginsel buiten.

De algemene lijn in de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet is dat het moet gaan om een gedraging die 'op zichzelf' is aan te merken als een praktische toepassing van de godsdienst of overtuiging van de betrokkene en als gedraging waardoor de betrokkene 'naar objectieve maatstaven een directe uitdrukking geeft aan zijn godsdienst

64 HR 13 april 1960, NJ 1960, 436, m.nt. Röling.

of levensovertuiging'.⁶⁵ Het recht om praktische toepassing te geven aan een godsdienst of levensovertuiging ziet slechts op handelingen die naar hun aard in enigerlei vorm uitdrukking geven aan die godsdienst of levensovertuiging.⁶⁶ Uitingen en gedragingen met betrekking tot het betalen van AOW-premie, deelname aan een pensioenfonds,⁶⁷ sollicitatieplicht,⁶⁸ het opnemen van een pleegkind,⁶⁹ en het dragen van een punk uiterlijk,⁷⁰ zijn in beginsel geen uitdrukking van het belijden van een godsdienst.⁷¹ Ook de wetgever, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Wet openbare manifestaties, huldigt in het kader van artikel 6 Grondwet het standpunt dat onder belijden slechts die uitingen of gedragingen worden gerekend die in redelijkheid rechtstreeks uitdrukking geven aan een religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging. Hij noemt als voorbeeld het bijwonen van een betoging vanwege religieuze opvattingen. Dit wordt niet gerekend tot een directe uitdrukking van godsdienst (maar valt wel onder de betogingsvrijheid van artikel 9 Grondwet).⁷²

De nationale lijn is in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM. De ECRM stelt in het standaardarrest *Aerosmith* dat de term belijden (*practice*) 'as employed in Article 9.1 does not cover each act which is motivated or influenced by a religion or belief' en 'when the actions of individuals do not actually express the belief concerned they cannot be considered to be as such protected by article 9.1, even when they are motivated by it'.⁷³ Het EHRM heeft bij herhaling bevestigd dat niet iedere gedraging die wordt ingegeven door persoonlijke godsdienst of overtuiging zonder meer onder de bescherming valt van artikel 9 EVRM: 'In order to qualify as a "manifestation" within the meaning of this provision the act in question must be intimately linked to a religion or belief.'⁷⁴ In de jurisprudentie van het EHRM en

65 ARRVs 20 januari 1983, AB 1983, 389, m.nt. Goldschmidt (*Jehova getuige*); ARRVs 7 april 1983, AB 1983, 430, m.nt. Boon (*Antroposofische arts*).

66 Zie ook CRvB 21 februari 2008, RSV 2008, 111.

67 Zie annotatie Boon, ARRS 7 april 1983, AB 1983, 430 (*Antroposofische arts*), HR 13 maart 1963, BNB 1963/123, m.nt. Hellema; AB 1963, 610; HR 26 april 2000, BNB 2000, 243, CRvB 29 december 1997, AB 1998 (*weigering betalen premie ziektekostenverzekering wegens geloofsredenen*).

68 CRvB 24 februari 1998, JABW 1998, 72 (*Sollicitatieplicht*).

69 ARRS 20 januari 1983, AB 1983, 389, m.nt. J.E. Goldschmidt (*Jehova's Getuigen*).

70 CRvB 4 juni 1986, RSV 1987, 16.

71 Vgl. Vermeulen 2007, p. 78.

72 *Kamerstukken I* 1987/88, 19427, nr. 135b, p. 4.

73 EHRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75 (*Arrowsmith v UK*), p. 5 (19-20).

74 EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan & Chaush v Bulgaria*), par. 60; EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v Moldova*), par. 114; EHRM 10 november 2005, nr. 44774/98 (*Leyla Sahin v Turkey*), par. 105; EHRM 6 november 2008, nr. 58911/00 (*Leela Forderkreis v Germany*), par. 80; EHRM 15 januari

ECRM wordt onderscheid gemaakt tussen gedragingen die een directe expressie zijn van een godsdienst of levensovertuiging en gedragingen die enkel beïnvloed of gemotiveerd zijn door een godsdienst of levensovertuiging. De eerste categorie geniet wel de bescherming van artikel 9 EVRM, de tweede categorie niet: 'In so far as acts do not directly express the religion or belief concerned⁷⁵ or are only remotely connected to a precept of faith, they fall outside the protection of Article 9.' Ten aanzien van de eerste categorie kunnen we bijvoorbeeld denken aan 'evangeliseren' (proselitisme),⁷⁶ het dragen van religieuze kledij⁷⁷ en het deelnemen aan religieuze ceremonies.⁷⁸ Het uitdelen van pamfletten waarin de pacifistische leer wordt verkondigd en waarin wordt opgeroepen af te zien van geweld wordt door het EHRM echter niet gezien als een directe expressie van het pacifisme.⁷⁹ Ook het verspreiden van anti-abortuspamfletten (met confronterende foto's) voor het gebouw van een abortuskliniek,⁸⁰ de wens van ouders om hun kind een bepaalde voornaam te geven,⁸¹ de wens om te kunnen scheiden,⁸² de wens om religie te vermelden in de identiteitskaart⁸³ en opvattingen over hulp bij zelfdoding⁸⁴ werden door het EHRM niet gekwalificeerd als een directe expressie van een godsdienst of een levensbeschouwing.⁸⁵

Verder hanteert het EHRM evenals de Hoge Raad in het AOW-arrest, een terughoudende koers met betrekking tot het toepassen van artikel 9 EVRM op uitingen en gedragingen die voortvloeien uit algemeen 'neutraal' geachte regels die niet nauw zijn verbonden met, of de rechtstreekse uitdrukking zijn

2013, nr. 48420/10, 59842/10, 6167/10 and 36516/10 (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82.

75 ECRM 12 October 1978 (report), nr. 7050/75 (*Arrowsmith v the UK*) par. 71.

76 EHRM 19 april 1993, nr. 14307/88 (*Kokkinakis v Greece*).

77 ECRM 15 februari 2001, nr. 42393/98 (*Dahlab v Zwitserland*).

78 EHRM 10 mei 2001, nr. 25781/94 (*Cyprus v Turkey*).

79 EHRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75 (*Arrowsmith v UK*), par. 71.

80 ECRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*). Overigens valt de verspreiding van pamfletten wel onder de reikwijdte van art. 10 EVRM (Vrijheid van meningsuiting).

81 ECRM 22 mei 1995, nr. 27868/95 (*Salonen v Finland*).

82 EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82 (*Johnston and others v Ireland*), par. 63.

83 ECHR 12 december 2002, nrs. 1988/02, 1997/02, 1977/02 (*Sofianopoulos and Others v Greece*).

84 EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v the UK*), par. 31.

85 Zie ook EHRM 13 september 2005, nr. 42639/04 (*Jones v Verenigd Koninkrijk*), waarin het ging om de wens om een foto bij een grafsteen te plaatsen. Het EHRM overwoog dat '... it cannot be argued that the [applicant] ... could not properly pursue his religion and worship without permission for such a photograph being given'.

van godsdienst of levensovertuiging.⁸⁶ Een quaker (aanhanger van een christelijke denominatie) kon bijvoorbeeld niet op grond van zijn geloofsovertuiging van de staat eisen dat zijn belastinggeld niet zou worden gebruikt voor militaire doeleinden.⁸⁷

Als voorbeeld van zaken die een directe expressie zijn van godsdienst of levensovertuiging noemt het EHRM '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form'.⁸⁸ Traditionele uitingen of gedragingen worden op grond van deze overweging, omdat ze immers algemeen aanvaard zijn, gemakkelijker als godsdienstig gekwalificeerd dan overige uitingen en gedragingen. In recentere jurisprudentie wordt echter ook erkend dat minder traditionele uitingen of gedragingen godsdienstig kunnen zijn. Het EHRM stelt dan dat het belijden of manifesteren van religie en levensovertuiging in beginsel niet tot traditionele of algemene bekende uitingen of gedragingen is gelimiteerd. Het benadrukt dat het bestaan van een voldoende relatie tussen een religie of overtuiging met een bepaalde uiting of gedraging moet worden bepaald aan de hand van de feiten van elke zaak in het bijzonder.

Overigens beklemtoont het EHRM ook dat het niet noodzakelijk is dat de klager bewijst dat een zekere religieuze uiting verplicht is volgens het door hem aangehangen geloof.⁸⁹ Het EHRM licht dit uitgangspunt in zijn jurisprudentie niet toe. Mogelijk vloeit het voort uit de hoge waardering die het EHRM heeft voor de bescherming van het *forum internum*. De redenering zou dan kunnen zijn dat de bescherming van het *forum internum* ook impliceert dat een persoon niet verplicht mag worden verantwoording af te leggen over zijn innerlijke overtuigingen en de hieruit voortvloeiende uitingen en gedragingen.⁹⁰

86 EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (*Valsamis v Greece*), par. 36; EHRM 18 december 1996, nr. 24095/94 (*Efstratiou v Greece*), par. 37; EHRM 3 december 2009, nr. 40010/04 (*Tamar Skougar and Others v Russia*). Zie ook Uitz 2007, p. 49.

87 EHtCR 15 december 1983, 10358/83 (*C. v the UK*). Zie voor een Nederlandse zaak met exact gelijke strekking HR 26 april 2000, *BNB* 2000, 243.

88 EHRM 2 oktober 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1002DEC004985399 (*Pichon en Sajous v Frankrijk*), p. 4; EHRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*).

89 EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, 59842/10, 6167/10 and 36516/10, (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82, *AR updates*, m.nt. W.L. Roozendaal; EHRM 27 juni 2000, nr. 27417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*), par. 78; EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03 (*Bayatyan v Armenië*); EHRM 10 november 2005, nr. 44774/98 (*Leyla Sahin v Turkey*), par. 78 en 105; EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*), par. 127.

90 Zie o.a. EHRM 2 februari 2010, nr. 21924/05, *EHRC* 2011/38 (*Sinan Isik v Turkije*), m.nt. P. de Hert.

2.2.6 *Communicerende vaten*

In de vijf voorgaande subparagrafen is het juridische begrip van godsdienst besproken in het kader van de reikwijdte van de grondrechtsoBJECTEN van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet. Daarbij is vooral aandacht besteed aan de overeenkomsten tussen de grondrechtsoBJECTEN van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet. Toch zijn er ook belangrijke verschillen waardoor er een verschil is in de reikwijdte van het grondrechtsoBJECT van artikel 9 EVRM en dat van artikel 6 Grondwet. In de subparagrafen (2.2.7- 2.2.10) worden deze verschillen aan de orde gesteld. Om te begrijpen hoe het kan dat er een verschil is tussen de reikwijdte van het rechtsoBJECT van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet is het nodig om eerst in deze subparagraaf een mechanisme te beschrijven dat zich kan voordoen naar aanleiding van de wijze waarop de systematiek van de grondrechten is opgetuigd en dat door Vermeulen reeds in 1992 is omschreven als het mechanisme van de '*communicerende vaten*'.

Vermeulen stelt dat het duale karakter van de systematiek van het grondrecht van de godsdienstvrijheid kan resulteren in een proces van '*communicerende vaten*'. Door het duale karakter van de systematiek van het grondrecht van godsdienstvrijheid kan de justitiabele op twee manieren worden belet in wat hij (of zij) beschouwt als de uitoefening van zijn (of haar) godsdienst. Ten eerste doordat de betreffende uiting of gedraging niet wordt gekwalificeerd als godsdienst of levensovertuiging zodat deze uiting of gedraging buiten de reikwijdte valt van het grondrechtsoBJECT. Ten tweede doordat aan de betreffende uiting of gedraging, hoewel deze wordt gekwalificeerd als godsdienst of levensovertuiging, geen rechten worden verbonden vanwege overige belangen die de rechtsorde wil beschermen zoals die zijn opgenomen in de beperkingsclausule. Vermeulen bedoelt met het proces van communicerende vaten dat indien er binnen de rechtsorde een trend is dat de wetgever en de rechter geneigd zijn gedragingen en uitingen gemakkelijker als religieus te kwalificeren, de keerzijde zal zijn dat diezelfde wetgever en rechter gemakkelijker beperkingen op religieuze uitingen en gedragingen zullen toestaan.⁹¹ En andersom, indien uitingen en gedragingen slechts onder strikte voorwaarden als religieus worden gekwalificeerd, geldt dat de wetgever en rechter ook veel terughoudender zullen zijn in het toestaan van beperkingen aan deze religieuze uitingen en gedragingen.⁹² Men zou kunnen zeggen dat de wetgever en rechter op deze manier het systeem gebruiken, of instrumentaliseren, om zodoende toch tot een door hen gewenst eindresultaat te komen. In hoeverre dit wenselijk is, is lastig te beantwoorden. Men kan zich afvragen of het voor de justitiabele veel uitmaakt of zijn of haar uitoefening van godsdienst geen bescherming van het recht ondervindt om-

91 Zie ook Vermeulen & Roosmalen 2017, Chapter 13.

92 Zie ook Alexy 2009, p. 201.

dat het recht de betreffende uiting of gedraging niet als godsdienst kwalificeert of omdat deze bescherming niet wordt gegeven omdat de betreffende uiting of gedraging in strijd wordt geacht met overige door het recht te beschermen belangen. Wellicht dat de eerste variant voor de justitiabele pijnlijker is omdat dan de erkenning van zijn of haar identiteit een rol speelt, aangezien de rechtsorde zijn of haar godsdienst of levensovertuiging dan niet als zodanig erkent.

Indien het zo is dat de rechtsorde de godsdienstuitoefening in toenemende mate 'controleert' op basis van een ruime uitleg van de beperkingsclausule van het grondrecht betekent dit dat de problematiek van het begrip van godsdienst minder van belang wordt. Indien de beperkingsclausule strikt wordt uitgelegd geldt juist het omgekeerde, dan wordt de problematiek van het begrip van godsdienst juist van groter belang. Overigens is het te kort door de bocht om te stellen dat de problematiek van het begrip van godsdienst niet meer relevant is indien de rechtsorde de godsdienstuitoefening in toenemende mate gaat controleren door middel van de beperkingssystematiek. In veel gevallen waarbij een recht met een religieus object wordt ingeroepen kan er – om dit recht te beperken – geen beroep worden gedaan op de beperkingsclausule omdat niet is voldaan aan de eis van legaliteit, dat wil zeggen, de eis in het kader van artikel 9 EVRM dat de godsdienstuitoefening wordt beperkt door een specifieke rechtsregel en in kader van artikel 6 Grondwet dat de godsdienstuitoefening wordt beperkt door een specifieke regeling afkomstig van een daartoe bevoegde wetgever (zie uitgebreid 2.2.7). Vaak is er simpelweg geen wet die regelt dat de godsdienstuitoefening zoals die voortvloeit uit het betreffende recht met een religieus object kan worden ingeperkt.⁹³ Dus ook met een ruime uitleg van de beperkingssystematiek blijft de problematiek van het begrip van godsdienst in stand doordat voor veel rechten met een religieus object geen (juiste) wet voorhanden is die het mogelijk maakt om het recht te beperken.

Niettemin wijzen verschillende auteurs erop dat er in EHRM-jurisprudentie een ontwikkeling gaande is waarbij de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM steeds meer gecontroleerd wordt op basis van de beperkingsclausule van het grondrecht. De godsdienstvrijheid wordt hierdoor in toenemende

93 Bijvoorbeeld in het geval van de uitzonderingsbepaling die het vanwege religieuze redenen toestaat om met een bedekt hoofd afgebeeld te worden op een identiteitskaart of een rijbewijs (art. 28 lid 3 Paspoortuitvoeringsregeling PUN), de zinsnede in art. 1 Wet vorm van de eed die het mogelijk maakt dat men om religieuze redenen naar eigen wijze de eed kan afleggen en ten slotte in het geval van de ontheffing van de leerplicht op grond van religieuze bedenkingen tegen de richting van de in de buurt gelegen scholen (art. 5 sub b Leerplichtwet 1969). Zie hierover ook 1.4.

mate bepaald door een proportionaliteitstoets en de hierin vervatte belangenafweging.⁹⁴ Evans stelt reeds in 2001:

‘(...) the Commission and the Court have moved away from a very liberal definition of “religion or belief” to a very restrictive view of what freedom of religion and belief entail. In developing a conception of freedom of religion or belief and in limiting the right to manifest a religion or belief, they must deal in a roundabout way with the question of the definition of religion or belief, and they have in fact developed a conservative conception of these notions that belies the expansive approach taken at the definitional stage.’⁹⁵

Recenter vinden we deze opvatting ook bij Post en Van der Schyff. Zij stellen dat er zich een proces voltrekt waarbij het EHRM in verband met een verruiming van het grondrechtsobject van de vrijheid van godsdienst de beperkingsclausule van artikel 9 EVRM heeft opgerekt. Met andere woorden, uitingen en gedragingen op grond van artikel 9 EVRM worden eerder als religieus gekwalificeerd maar tegelijkertijd ook gemakkelijker beperkt.⁹⁶ Ook Gerards lijkt deze opvatting te onderschrijven. Zij stelt dat het *Eweida*-arrest⁹⁷ heeft geresulteerd in een nieuwe, ruimere uitleg van religieuze uitingen en gedragingen met als gevolg dat bij het vaststellen of er sprake is van een inbreuk op het recht op de vrijheid van godsdienst het accent verschoven is van de vraag of het grondrecht in het geding is naar de vraag of dit grondrecht op rechtmatige wijze is beperkt (conform de belangenafweging op grond van de rechtmatige beperkingen).⁹⁸

2.2.7 *Verskil in reikwijdte tussen artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet*

Indien bovenstaande auteurs een juiste constatering hebben gedaan dan is de reikwijdte van artikel 9 EVRM ruimer dan dat van artikel 6 Grondwet.⁹⁹ Een mogelijke oorzaak voor een verschil tussen de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM is dat het laatste artikel een wat dynamischere formu-

94 De proportionaliteitstoets en de hierin vervatte belangenafweging komen terug in de volgende zinsnede: [Beperkingen op de godsdienstvrijheid moeten] ... in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

95 Evans 2001, p. 66.

96 Post & Van der Schyff 2014, p. 103.

97 Zie hierover uitgebreid 7.3.6.

98 EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, EHRC 2013/67 (*Eweida and Others v United Kingdom*), m.nt. J. Gerards.

99 Vgl. Pel 2013, p. 62.

lering kent dan het eerste. Hierdoor is het beter in staat is om mee te 'buigen' met maatschappelijke ontwikkelingen, zoals individualisering en multiculturalisering. Artikel 6 Grondwet zou dan een wat meer statisch karakter hebben. Dit statische karakter kunnen we op twee manieren terugvinden in artikel 6 Grondwet.

Ten eerste vanwege de beperkingssystematiek van artikel 6 Grondwet. Lid 1 bepaalt dat de godsdienstvrijheid alleen kan worden beperkt door de wetgever in formele zin tenzij het gaat om de godsdienstuitoefening in het publieke domein waarover lid 2 bepaalt dat die ook mag worden beperkt door lagere wetgevers 'ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden'. De beperkingsclausule van artikel 6 Grondwet is ingegeven vanuit de legaliteitsgedachte. Die komt erop neer dat hoe ingrijpender een beperking is, hoe hoger democratisch gehalte de wet moet hebben die de beperking oplegt. Om die reden kan de godsdienstuitoefening binnen gebouwen en besloten plaatsten alleen beperkt worden door de formele wetgever, terwijl de minder ernstige beperking van de godsdienstuitoefening, namelijk de beperking van de godsdienstuitoefening in het publieke domein, kan plaatsvinden (indien zij daarvoor de bevoegdheid gedelegeerd hebben gekregen van de formele wetgever) door lagere regelgevers, zoals gemeenten. Anders dan in artikel 6 lid 1 Grondwet werkt de beperkingssystematiek van artikel 9 lid 2 EVRM via een belangenafweging. In principe kan elke materiële wet (en onder bepaalde omstandigheden zelfs ongeschreven recht¹⁰⁰) de godsdienstvrijheid beperken indien die beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving.¹⁰¹ Vanwege dit verschil in beperkingssystematiek is het eenvoudiger om op grond van artikel 9 EVRM een uiting of gedraging onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid te laten vallen. Men kan immers achteraf, na te hebben bepaald dat een uiting valt onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM altijd nog op grond van de belangenafweging van artikel 9 lid 2 EVRM beoordelen of

100 Indien de rechtsregel voldoet aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid (*accessible and foreseeable*). Zie EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times v UK*), par. 46.

101 Gewezen kan worden op ABRvS 6 april 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT3263, AB 2005, 225. Deze uitspraak ging over het afbreken van een kapel waarin een Mariaverschijning zou zijn geweest. Opmerkelijk is dat de Afdeling hier toetst aan art. 9 EVRM en niet aan art. 6 Grondwet. Op grond van de beperkingsclausule van art. 9 EVRM werd geoordeeld dat de voorschriften van het bestemmingsplan de godsdienstvrijheid kunnen inperken. Een toets aan art. 6 Grondwet had mogelijk tot de conclusie kunnen leiden dat de lokale overheid in dit verband geen bevoegdheid had tot beperken van de godsdienstvrijheid, omdat het ging over godsdienstbeleving in een besloten ruimte, namelijk een kapel en lid 1 van art. 6 Grondwet dan de voorwaarde stelt dat de godsdienstvrijheid wordt ingeperkt door een wet in formele zin terwijl het in casu ging om een wet in materiële zin. Zie hierover ook Groen 2012, p. 5.

de uiting of gedraging moet worden toegestaan. Omdat het op grond van artikel 6 Grondwet lastig is om de godsdienstvrijheid te beperken accepteren de wetgever en de rechter een buitenwettelijke beperkingswijze in de vorm van de leer van de redelijke uitleg van grondrechten. Die komt erop neer dat aan de godsdienstvrijheid een redelijke uitleg moet worden gegeven zodat onredelijke godsdienstige uitingen en gedragingen niet worden beschermd. Op dit thema ga ik in 2.2.9 uitgebreid in.

Ten tweede heeft artikel 6 Grondwet een statischer karakter dan artikel 9 EVRM omdat het eerste artikel een leemte laat zien bij de bescherming van godsdienstige uitingen en gedragingen op het terrein of binnen de sfeer van de ander (hierover meer in de volgende subparagraaf). De reikwijdte van artikel 6 Grondwet strekt zich niet uit tot het terrein of de sfeer van de ander. Dit in tegenstelling tot artikel 9 EVRM dat niet een dergelijke leemte kent en waar het grondrechtsobject zich wel uitstrekt tot het terrein of de sfeer van de ander. Anders dan op grond van artikel 6 Grondwet zal een godsdienstige uiting of gedraging die plaatsvindt op het terrein of binnen de sfeer van een ander op grond van artikel 9 EVRM beperkt kunnen worden door de belangenafweging zoals die ten grondslag ligt aan de beperkingssystematiek opgenomen in artikel 9 lid 2 EVRM. In de volgende subparagraaf ga ik hier dieper op in.

2.2.8 De context van de godsdienstvrijheid

In deze subparagraaf staat de vraag centraal staat of de context waarbinnen een beroep op de godsdienstvrijheid wordt gedaan, bepalend kan zijn voor de reikwijdte van het grondrechtsobject van de vrijheid van godsdienst. Bezien vanuit de formulering van de beperkingsclausule van artikel 6 Grondwet dient deze vraag, in theorie, bevestigend te worden beantwoord. Lid 1 beschermt de godsdienstuitoefening binnen en buiten gebouwen en besloten plaatsen, waarbij men bij de godsdienstvrijheid binnen gebouwen en besloten plaatsen moet denken aan de eigen (private) sfeer (huis, kerk, school, instelling of vereniging).¹⁰² Lid 2 maakt het mogelijk dat de godsdienstuitoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen ook door lagere regelgevers dan de formele wetgever kan worden ingeperkt (indien ze die bevoegdheid tenminste van de formele wetgever gedelegeerd hebben gekregen). De wetgever stelt het zo:

‘In beginsel dient ook hier te gelden, dat ieder vrij is zijn godsdienst of levensovertuiging vrij te belijden behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. Wie evenwel de straat opgaat zal zich meer beperkingen op die

¹⁰² *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3.

vrijheid moeten laten welgevalen dan wie die vrijheid in beslotenheid beleeft.¹⁰³

Met andere woorden, ten aanzien van godsdienstuitoefening die plaatsvindt buiten gebouwen en besloten plaatsen mogen door lagere regelgevers nadere beperkingen worden gesteld. De wetgever heeft het bij de godsdienstuitoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen over godsdienstuitoefening op de openbare weg en dacht daarbij bijvoorbeeld aan een katholieke processie. Vanuit hedendaags perspectief kunnen we stellen dat het gaat om godsdienstuitoefening in het publieke domein (openbare toegankelijke ruimten, openbare weg).¹⁰⁴

De wetsgeschiedenis van artikel 6 Grondwet wekt de indruk dat de vrijheid om godsdienst te belijden alleen is geregeld voor de godsdienstuitoefening binnen en buiten gebouwen en besloten plaatsen en niet voor de godsdienstuitoefening in het domein van een ander.¹⁰⁵ Men kan dan denken aan ruimten van particuliere organisaties en instellingen, zoals banken, postkantoren, stadions, supermarkten, musea, ziekenhuizen etc. Binnen dat domein zouden religieuze uitingen en gedragingen kunnen worden gereguleerd door interne huisregels die voortvloeien uit de autonomie van deze organisaties om binnen de marges van het redelijke eigen voorschriften te stellen. De mogelijkheid om huisregels te stellen ontleent deze 'ander' in veel gevallen aan grondrechten (vrijheid van onderwijs, vrijheid van vereniging, (de eigen) vrijheid van godsdienst). Maar ook als de organisatie zich niet op een grondrecht kan beroepen – denk aan de overheid, een commerciële instelling – heeft deze binnen de eigen sfeer een zekere interne autonomie, op grond waarvan binnen de marges van het redelijke (en conform het gelijkheidsbeginsel, AWGB)¹⁰⁶ eigen voorschriften gesteld kunnen worden, zonder dat deze geacht mogen worden de vrijheid van godsdienst in artikel 6 Grondwet te beperken.¹⁰⁷

103 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 30.

104 Deskundigenrapport: Vermeulen e.a. 2006, p. 38.

105 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3.

106 Vgl. HvJEU 14 maart 2017, C-157/15, par 39. Hier stelde het HvJEU naar aanleiding van de prejudiciële vraag of werkgevers verboden onderscheid maken wanneer zij zichtbare religieuze, filosofische, of politieke tekens op de werkvloer verbieden, dat zij de vrijheid van godsdienst van hun werknemers mogen beperken mits het beleid dat gevoerd wordt coherent, systematisch en proportioneel is. Deze zaak laat mooi zien dat ook als de uiting (in het kader van art. 9 EVRM) wel valt onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid, de norm van gelijke behandeling in tegenstelling tot de godsdienstvrijheid niet kan worden beperkt in de sfeer van de ander.

107 Deskundigenrapport: Vermeulen e.a. 2006, p. 68.

Indien instellingen huisregels maken die een algemeen karakter dragen en niet discriminatoir zijn¹⁰⁸ ten opzichte van aanhangers van religies (of levensbeschouwingen), zouden ze, geredeneerd vanuit deze opvatting niet kunnen worden gerekend tot regels die de godsdienstvrijheid beperken.¹⁰⁹ Met andere woorden, de betreffende uiting of gedraging valt in die context niet onder de bescherming van de godsdienstvrijheid. Wanneer bijvoorbeeld een vrouw vanwege het dragen van gezichtsvermomming – *in concreto* een boerka of nikaab – binnen een bank niet geholpen wordt dan is er geen sprake van een schending van artikel 6 Grondwet. De bank weigert deze vrouw dan op grond van haar interne huisregels. De beperking door deze huisregels hoeft echter niet conform de beperkingsclausule van artikel 6 Grondwet te zijn omdat de vrouw zich daar niet kan beroepen op de godsdienstvrijheid van artikel 6 Grondwet. De beperking vindt immers plaats in de sfeer van de ander en uit de formulering van artikel 6 Grondwet blijkt niet dat binnen deze sfeer een beroep kan worden gedaan op godsdienstvrijheid.¹¹⁰

2.2.9 De leer van de redelijke uitleg van grondrechten

De reikwijdte van de beperkingen van de godsdienstvrijheid kan worden beïnvloed door de wijze waarop men het algemene beperkingsregime toepast. Zo kan men buiten de beperkingsclausule om beperkingen aanvaarden. Een mogelijke consequentie van het niet strikt toe passen van de beperkingsclausule is dat in sommige gevallen bepaalde religieuze uitingen en gedragingen niet vallen binnen de reikwijdte van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid.

De regering huldigde tijdens de grondwetsherziening van 1983 de opvatting dat in principe alle grondrechtbeperkingen herleidbaar moeten zijn tot een beperkingsclausule. Slechts op de betreffende clausulering gebaseerde beperkingen zijn geoorloofd. Tegelijkertijd relativeerde de regering dit standpunt enigszins door te stellen dat in uitzonderingsgevallen hiervan mag worden afgeweken en dat de reikwijdte van een grondrecht altijd redelijk moet worden uitgelegd zodat grondrechts-neutrale beperkingen van algemene aard zoals verkeersveiligheid en volksgezondheid niet te snel als ongrondwettig moeten worden beschouwd.¹¹¹ Daarmee heeft de Nederlandse grond-

108 Indien ze wel discriminatoir van aard zijn, dan kan het kwalificatievraagstuk een rol spelen in het kader van de discriminatiegrond godsdienst. Bijvoorbeeld in het kader van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB).

109 Overigens is dit niet uniek voor de godsdienstvrijheid. Ook voor andere grondrechten, zoals vrijheid van meningsuiting, demonstratievrijheid, bewegingsvrijheid etc., geldt dat die niet gelden binnen andermans domein.

110 Deskundigenrapport: Vermeulen e.a. 2006, p. 40.

111 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 21. Zie hierover ook Vermeulen 1993, p. 6.

wetgever expliciet ruimte gelaten voor 'ontsnappingsroutes'¹¹² die invloed kunnen hebben op de reikwijdte van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid. Een voorbeeld van het gebruik van een dergelijke 'ontsnappingsroute' blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 10 Wet openbare manifestaties (Wom).¹¹³ De Wom is een wet in formele zin die uitvoering geeft aan de beperkingsclausule van artikel 6 lid 2 Grondwet. Op grond van artikel 6 lid 2 Grondwet mag de uitoefening van de vrijheid van godsdienst buiten gebouwen en besloten plaatsen worden ingeperkt op basis van de volgende doelcriteria: de bescherming van de gezondheid, het belang van het verkeer en de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. In artikel 10 Wom heeft de wetgever ten aanzien van klokgelui ter gelegenheid van godsdienstige en levensbeschouwelijke plechtigheden deze doelcriteria niet in acht genomen en bepaalt dat de gemeenteraad bevoegd is regels hieromtrent te stellen met betrekking tot duur en geluidsniveau. Uit de parlementaire geschiedenis¹¹⁴ van deze wet blijkt echter dat de wetgever klokgelui typeert als een uiting met een religieus karakter. Op grond daarvan zou het voor de hand liggen wanneer de doelcriteria van de beperkingsclausule in acht worden genomen.¹¹⁵

Desondanks legt de wetgever de beperkingsclausule van de godsdienstvrijheid zo uit dat hieronder niet valt de regulering van de duur en het geluidsniveau van het luiden van kerkklokken. De wetgever meent dat dit niet zozeer een beperking is van de godsdienstvrijheid maar dat deze regulering voortvloeit uit een redelijke uitleg van het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet, dat wil zeggen, dat een redelijke uitleg van de grondwettelijke terminologie 'vrijheid tot het belijden van godsdienst', excessieve geluidsproductie uitsluit.¹¹⁶ De ABRvS volgt de wetgever in deze benadering in een zaak over een Tilburgse pastoor die in hoger beroep ging tegen een opgelegde dwangsom vanwege het overtreden van een APV die hem verbood om voor 07.30 uur de kerkklokken excessief te luiden.¹¹⁷

Zoals gesteld is de leer van de redelijke uitleg niet van toepassing op het EVRM. Toen het EHRM van bovengenoemde pastoor de klacht kreeg dat de

112 Zie noot B.P. Vermeulen bij: ABRvS 3 december 1998, ECLI:NL:RVS:1998:AN6386, AB 2000, 291.

113 Wet van 20 april 1988, *Stb.* 1988, 157 (dossiernr. 19 427).

114 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 427, nr. 21, p. 2.

115 Zie noot J.L.W. Broeksteeg bij: ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448, *JB* 2011, 192 (*Tilburgse pastoor*). Overigens kan men betogen dat het luiden van klokken binnen een kerkgebouw plaatsvindt en dat er om die reden enkel beperkt zou kunnen worden op het niveau van de formele wet (art. 6 lid 1 Gw).

116 *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 4, p. 91-92. De nationale rechter past ten aanzien van dit thema ook de leer van de redelijke uitleg toe.

117 ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448, *JB* 2011, 192 (*Tilburgse pastoor*).

Nederlandse staat zijn godsdienstvrijheid neergelegd in artikel 9 EVRM had geschonden, kwalificeerde het de bovengenoemde APV als een rechtmatige beperking conform de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM. Het EHRM kwalificeerde het in geluidsvolume onbegrensd klokkenluiden dus wel als een uiting die valt onder de godsdienstvrijheid maar achtte een verbod gerechtvaardigd.¹¹⁸ We zien hier dus de opmerkelijke situatie dat de nationale wetgever en rechter een uiting niet kwalificeren onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid (zoals opgenomen in artikel 6 Grondwet) terwijl het EHRM dit wel doet (zij het dan onder de noemer van artikel 9 EVRM). Daarmee vormt deze zaak een bevestiging van het vermoeden dat de reikwijdte van artikel 9 EVRM ruimer is dan die van artikel 6 Grondwet. Desalniettemin leveren beide benaderingen hetzelfde resultaat op; namelijk dat de pastoor zijn kerkklokken niet excessief en vroegtijdig mag luiden.

De leer van de redelijke uitleg heeft in het nationale recht brede ingang gevonden.¹¹⁹ Zij wordt beschouwd als een argumentatietechniek waarbij wordt aangenomen dat een grondrecht niet zo opgevat moet worden als zou het insluiten dat een bepaalde handeling die *in abstracto* binnen de reikwijdte van dat recht valt *in concreto* op ieder moment, overal en op elke wijze bescherming behoeft.¹²⁰ De consequentie van deze leer is dat de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet niet geheel statisch is maar een enigszins situatie-afhankelijke invulling krijgt. Ze kan veranderen indien ze in conflict komt met een algemeen aanvaarde maatschappelijke rechtsregel.¹²¹

118 EHRM 16 oktober 2012, nr. 2158/12 (*Schilder v Nederland*) par. 18.

119 Ortlep verwijst in *Jbplus* 2013, p. 192-209 ten aanzien van het bestuursrecht naar Vz. ARRVs 17 augustus 1990, AB 1991, 44, m.nt. Boon; *Gst.* 6913, 3, m.nt. Brederveld; ARRVs 16 juni 1993, AB 1994, 424, m.nt. Riezebos; *Gst.* 6977, 3, m.nt. Brederveld; ABRvS 25 januari 2001, *Gst.* 7140, 7, m.nt. Teunissen; BR 2001, p. 71, m.nt. Weerkamp. Zie Vz. ARRVs 16 februari 1989, AB 1990, 9, m.nt. Boon; *Gst.* 6883, 11, m.nt. Teunissen; AA 1990, p. 398 e.v., m.nt. Akkermans; ABRvS 3 december 1998, AB 2000, 291, m.nt. Vermeulen.

120 Zie Ortlep, *Jbplus* 2013, p. 209. Hij verwijst hiervoor naar *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3 p. 20-22.

121 Hieronder schaar ik ook de in de jurisprudentie tot uitdrukking gekomen connex-leer, waar bijvoorbeeld het recht op belijden (art. 6 Gw) in samenhang (verbinding) wordt begrepen met het recht te betogen (art. 9 Gw) om zodoende het gebruikmaken van geluidsversterkende apparatuur als geloofsverkondiging te kunnen beperken op grond van de beperkingssystematiek van art. 9 Gw. Zie ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179, m.nt. Hofman; *Gst.* 7026, 2, m.nt. Brederveld. Zie ook Vz. ABRvS 1 april 2010, AB 2010, 240, m.nt. Vlemminx.

2.2.10 De reikwijdte van de grondwettelijke termen 'belijden' en 'vrijheid'

Betekent de vermoedelijk beperktere reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet, dat bepaalde uitingen en gedragingen die onder artikel 9 EVRM wel als godsdienstig worden gekwalificeerd, op grond van artikel 6 Grondwet als niet-godsdienstig zouden kunnen worden gekwalificeerd? We kunnen bijvoorbeeld denken aan de in de vorige subparagraaf besproken zaak over het vroegtijdig en excessief klokkenluiden. De nationale rechter oordeelde dat het excessief en vroegtijdig klokkenluiden niet valt onder de vrijheid van godsdienst, terwijl het EHRM oordeelde dat het klokkenluiden wel valt onder de godsdienstvrijheid. Betekenen deze verschillende oordelen nu dat volgens het nationale recht het excessief en vroegtijdig klokkenluiden geen godsdienstige gedraging is en volgens de EHRM-jurisprudentie wel? Een ander voorbeeld betreft het hypothetische geval dat men in een bank op grond van de huisregels weigert om iemand te helpen die een boerka draagt. Op grond van artikel 6 Grondwet kan men betogen dat het dragen van een boerka in het domein van een ander niet valt onder de vrijheid van godsdienst. Dit in tegenstelling tot artikel 9 EVRM op grond waarvan het dragen van een boerka, ook binnen de sfeer van een ander, wel valt onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid. Betekent dit nu dat volgens het nationale recht het dragen van een boerka in het domein van een ander geen godsdienstige gedraging is en volgens de EHRM-jurisprudentie wel?

Om te beginnen moet ten aanzien van deze gevolgtrekkingen worden opgemerkt dat de vraag of de nationale rechter uit gaat van artikel 6 Grondwet of van artikel 9 EVRM afhankelijk is van drie factoren. Ten eerste van het beroep dat door de justitiabele wordt gedaan. Hij kan zich beroepen op één van de twee of op allebei de grondrechten. Ten tweede of de rechter ambtshalve beide artikelen betreft in zijn uitspraak (hij kan dit bijvoorbeeld doen vanuit het bestuursrechterlijke principe dat hij de rechtsgronden aanvult). Ten derde of de rechter bevoegd is om aan artikel 6 Grondwet te toetsen in verband met toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. In dit kader is het van belang op te merken dat in artikel 53 EVRM uitdrukkelijk is neergelegd dat de verdragsbepalingen niet mogen worden uitgelegd als beperkingen op de nationaal reeds gewaarborgde grondrechten. De beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM mag dus niet worden gebruikt om de bescherming van artikel 6 Grondwet uit te hollen.¹²² Artikel 53 EVRM heeft de consequentie dat een uiting of gedraging die niet valt onder de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet wel kan vallen onder de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM *indien* artikel 6 Grondwet minder bescherming biedt dan artikel 9 EVRM.¹²³ Dit is echter geen waarschijnlijk

122 Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 266.

123 Zie HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107 (*processieverbod Geertruidenberg*).

scenario. Wanneer we nogmaals het voorbeeld nemen van een bankemploy-ee die op grond van de huisregels van de bank weigert een vrouw die een boerka draagt te helpen (context-benadering), dan zouden we kunnen beargumenteren dat een beroep op de godsdienstvrijheid door de vrouw waarschijnlijk niet zal vallen onder de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet, maar wel onder de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM. Onder artikel 9 EVRM zal de vrouw op grond van de beperkingsclausule – en de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging – gemakkelijk in haar recht kunnen worden beperkt. Oftewel, het beschermingsniveau van artikel 6 Grondwet zal niet veel verschillen met dat van artikel 9 EVRM en dus is het in dergelijke gevallen moeilijk te voorspellen of een beroep op de godsdienstvrijheid wordt beoordeeld op grond van artikel 6 Grondwet of artikel 9 EVRM.

Daarnaast geldt dat bovenstaande gevolgtrekkingen wat gekunsteld aandoen. Het zou vreemd zijn wanneer de nationale rechter zou oordelen dat een boerka geen godsdienstige uiting is en het EHRM wel. Om die reden is het relevant te beseffen dat het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM het recht op de *vrijheid* van godsdienst betreft. Het grondrechtsobject omvat niet alleen de reikwijdte van de termen ‘godsdienstig belijden’ maar ook de reikwijdte van de term ‘vrijheid’. Om die reden kunnen we de reikwijdte van het grondrechtsobject van de vrijheid van godsdienst niet zomaar gebruiken om antwoord te geven op de vraag ‘wat is godsdienst(ig) volgens het recht?’ Het is echter lastig om binnen het grondrechtsobject ‘het belijden van godsdienst’ begripsmatig te scheiden van de ‘vrijheid’ waarbinnen deze belijdenis gestalte krijgt. Het lijkt er echter op dat de ‘beperkingen’ die de context-benadering en de leer van de redelijke uitleg opleggen aan het grondrecht, niet zozeer betrekking hebben op de reikwijdte van ‘het belijden van godsdienst’, maar veeleer op de reikwijdte van de vrijheid waarbinnen die belijdenis plaatsvindt. Dat betekent concreet dat een rechter op grond van artikel 6 Grondwet bijvoorbeeld het dragen van een boerka zal kwalificeren als godsdienst, maar dat hij vindt dat de vrijheid om die boerka te dragen niet zo ver strekt dat het dragen ervan ook wordt beschermd binnen het domein van een ander (context-benadering) of dat hij vindt dat het luiden van een kerkklok valt binnen de reikwijdte van artikel 6 lid 2 Grondwet, maar dat de vrijheid om een kerkklok te luiden niet zo ver strekt dat hieronder ook het vroegtijdig excessief luiden van een kerkklok valt. In feite is de toepassing van de context-benadering en dat geldt ook voor de toepassing van de leer van de redelijke uitleg, een impliciete erkenning dat de uiting of gedraging *in abstracto* godsdienstig is maar dat de rechtsorde de betreffende uiting of gedraging niet beschermt omdat het in de concrete situatie het rechtssubject daarvoor niet de vrijheid toestaat.

Ten aanzien van artikel 9 EVRM valt de reikwijdte van de termen ‘godsdienstig belijden’ en ‘vrijheid’ veel meer samen dan bij artikel 6 Grondwet. Uitingen en gedragingen die vallen onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM

zijn in veel gevallen automatisch religieuze uitingen en gedragingen. Toch is dit niet in alle gevallen zo. Dit heeft onder andere te maken met het vanouds klassieke karakter van de godsdienstvrijheid. Net als in artikel 6 Grondwet is het recht op de godsdienstvrijheid dat is neergelegd in artikel 9 EVRM eerst en vooral een klassiek afweerrecht: het recht van een ieder om ongehinderd door de overheid zijn godsdienst te koesteren en te uiten. Het verleent vooral een negatieve aanspraak. Wanneer de staat een gelovige in zijn godsdienstuitoefening belemmert dan kan de gelovige zich beroepen op de godsdienstvrijheid. In gevallen waarin de gelovige bepaalde positieve prestaties van de overheid verlangt is dat niet altijd zo.¹²⁴ Dit geldt met name voor situaties waarin een gelovige gevrijwaard wil worden van verplichtingen die het tot uitdrukking brengen van de godsdienst belemmeren.¹²⁵ Zo beoordeelde het EHRM de weigering van de Britse staat om de tempels van een Mormoons kerkgenootschap niet voor een belastingvrijstelling in aanmerking te laten komen niet in het licht van de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM aangezien de kerk niet voldeed aan het door de staat gehanteerde criterium voor de vrijstelling, namelijk dat een gebouw dat bedoeld is voor de eredienst algemeen toegankelijk moet zijn.¹²⁶

Ook in sommige situaties waarin het rechtssubject de mogelijkheid heeft om te voorkomen dat zijn godsdienstvrijheid wordt geschonden oordeelde het EHRM dat artikel 9 EVRM niet van toepassing is. Een voorbeeld hiervan is de EHRM-jurisprudentie over de weigering van sommige werknemers om op religieuze dagen te werken.¹²⁷ De redenering van het EHRM is dan dat deze werknemers er zelf voor hebben gekozen om bij een bedrijf te gaan werken waar ze op religieuze dagen moeten werken en dat daarom de ver-

124 Er zijn wel uitzonderingen waarin het EHRM erkent dat de godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM) ook positieve verplichtingen kan omvatten. Zie bijvoorbeeld EHRM 20 september 1994 (*Otto-Preminger-Institut v Oostenrijk*), par. 49 en EHRM 29 juni 2006, nr. 76900/01 (*Öllinger v Oostenrijk*). In de eerste zaak had de staat de positieve verplichting de christelijke gevoelens van de rooms-katholieke bevolking te beschermen tegen de vertoning van een godslasterlijke film (zie hierover 8.3), in de tweede zaak had de staat volgens het EHRM de positieve verplichting om de religieuze gevoelens van een groep mensen te beschermen die deelnamen aan een begrafenisplechtigheid (van omgekomen SS'ers) tegen een groep betogers die de in de Tweede Wereldoorlog door SS'ers omgekomen joden op dezelfde plaats en tijd wilde gaan herdenken. Zie over deze laatste zaak *Xenos* 2012, p. 134.

125 Zie punt 6 van de annotatie van L.C. Groen en B.P. Vermeulen bij Rb. Amsterdam (vz.) 24 mei 2007, *AB* 2007, 306.

126 EHRM 4 maart 2014, nr. 7552/09 (*The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v UK*), par. 32.

127 ECRM 12 maart 1981, nr. 8160/78 (*X. v the UK*); ECRM 3 december 1996, nr. 24949/94 (*Konttinen v Finland*); ECRM 9 april 1997, nr. 29107/95 (*Stedman v the UK*); EHRM 1 juli 1997, nr. 20704/92 (*Kalac v Turkey*).

meende schending van de godsdienstvrijheid aan hen zelf is te wijten.¹²⁸ Met andere woorden, ze hadden de vermeende schending kunnen voorkomen door ergens anders te gaan werken waar ze niet op religieuze dagen hoefden te werken.¹²⁹ Het EHRM heeft een dergelijke benadering ten aanzien van andere onderwerpen herhaald.¹³⁰ Deze benadering veronderstelt dat het niet kunnen doen van een bepaalde uiting of gedraging niet een inmenging oplevert van de *vrijheid* van godsdienst indien de persoon in kwestie de mogelijkheid had om deze inmenging te voorkomen. De problematiek van het begrip van godsdienst is hier dus niet aan de orde. Het EHRM doet geen uitspraken over de vraag of het niet willen werken op een religieuze feestdag een religieuze uiting is maar oordeelt over de reikwijdte van de *vrijheid* om godsdienstige uitingen en gedragingen te kunnen doen. Overigens heeft het EHRM deze benadering in het *Eweida*-arrest¹³¹ verlaten om daarvoor in de plaats meer nadruk te leggen op de belangenafweging. Dit betekent dat er in dergelijke gevallen wel een inmenging wordt aangenomen van de godsdienstvrijheid en dat vervolgens het aspect dat het rechtssubject deze inmenging had kunnen voorkomen meegenomen wordt in de belangenafweging van artikel 9 lid 2 EVRM.

Gesteld kan worden dat zowel voor artikel 6 Grondwet als voor artikel 9 EVRM geldt dat in sommige situaties de reikwijdte van artikel 9 EVRM niet samenvalt met de kwalificatie van uitingen en gedragingen als religieus. In die gevallen valt de godsdienstuitoefening buiten de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst. Dit is dan het gevolg van het feit dat het grondrechtssubject van het grondrecht niet alleen het belijden van het fenomeen godsdienst

128 Lavrysen merkt terecht op dat dit een rare redenering is die uitgaat van een te kleine reikwijdte van art. 9 EVRM. Hij maakt een vergelijking met het recht op privéleven onder art. 8 EVRM en stelt dat de Commissie ook niet tegen een werknemer die op zijn werk tijdens telefoongesprekken wordt afgeluisterd door zijn werkgever, zou hebben gezegd dat dit geen schending was van art. 8 EVRM omdat de werknemer vrij is om ontslag te nemen en ander werk te zoeken. Zie Lavrysen 2013.

129 In Nederland heeft de rechter zich in het verleden ook over dit onderwerp uitgesproken. De Hoge Raad kwalificeert het niet willen werken op een bepaalde dag wegens godsdienstige redenen wel als een godsdienstige uiting. In de betreffende zaak overwoog de Hoge Raad dat in een dergelijke geval de regel geldt dat de belangen van de werknemer en de belangen van de werkgever tegen elkaar moeten worden afgewogen. Zie HR 30 maart 1984, AB 1984, 366 (*Turkse werknemster*), r.o. 3.3, m.nt. F.H. van der Burg. Zie ook: CRvB 17 november 1994, AB 1995, 322 (*Brugwachter*).

130 EHRM 2001, nr. 49853/99 (*Pichon and Sajous v France*). Zie voor een gelijksoortige zaak EHRM 1 juli 1997, nr. 20704/92 (*Kalac v Turkey*); EHRM 5 maart 1991, nr. 17439/90 (*Choudhury v the UK*) en EHRM 27 juni 2000, nr. 27417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v France*) (zie hoofdstuk 6 over rituele slacht).

131 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, ECLI:NL:XX:2013:BZ1190, NJB 2013/499 (*Eweida and Others v United Kingdom*). Zie hierover uitgebreid 7.3.6.

impliceert maar ook de vrijheidssfeer waarbinnen dit belijden gestalte kan krijgen.

Het begrip van godsdienst is wel aan de orde bij het in de jurisprudentie gehanteerde uitgangspunt dat uitingen en gedragingen – willen ze onder de reikwijdte van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM vallen – *een directe expressie* moeten zijn van godsdienst of levensovertuiging. We kunnen dit toelichten met de volgende voorbeelden. In de zaak over de antroposofische huisarts,¹³² waarin een huisarts op grond van zijn antroposofische overtuiging weigerde om deel te nemen aan de verplichte beroepspensioenregeling, oordeelde de ARRvS dat deze weigering geen directe expressie is van godsdienst of levensovertuiging:

‘Weliswaar is aannemelijk dat er verband bestaat tussen de door appellant aangehangen levensovertuiging en zijn afwijzing van de, op grond van voorengenoemde pensioenverplichtingen noodzakelijke vaststelling van zijn bruto-beroepsinkomen als arts, maar hieruit volgt naar het oordeel van de Afdeling niet dat die afwijzing op zichzelf een gedraging oplevert waardoor appellant naar objectieve maatstaven een directe uitdrukking geeft aan zijn godsdienst of overtuiging in de zin van voornoemde Verdragsartikelen.’

Met andere woorden, de ARRvS vond dat de weigering van de huisarts *op zichzelf* niet kon gelden als een religieuze gedraging. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het luiden van kerkklokken. Duidelijk is dat het luiden van kerkklokken wel door de ABRvS werd gekwalificeerd als godsdienstige uiting. Toch dient te worden opgemerkt dat de scheidslijn dun is. Zo kan men zich bijvoorbeeld afvragen of het niet willen werken op religieuze feestdagen wel zo verschilt met het weigeren om deel te nemen aan een pensioenregeling. Doorslaggevend is hoe de wetgever of de rechter de kwalificatievraag inkadert. Indien hij stelt dat een uiting of gedraging geen directe expressie is van godsdienst is duidelijk dat de kwalificatie van het fenomeen godsdienst aan de orde is. Indien hij echter een beperking van de godsdienstvrijheid niet als zodanig uitlegt met de redenering dat de godsdienstvrijheid redelijk moet worden uitgelegd of wanneer hij oordeelt dat een beperking van de godsdienstvrijheid geen beperking oplevert met de redenering dat het rechtssubject de mogelijkheid had om deze beperking te omzeilen, dan is niet de kwalificatie van het fenomeen godsdienst aan de orde, maar de kwalificatie van de vrijheidssfeer die is verbonden met het uitoefenen van godsdienst.

132 ARRvS 7 april 1983, AB 1983, 430, m.nt. Boon (*Antroposofische arts*).

2.2.11 *Discrepantie in de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM tussen de verdragsstaten*

In de vijf voorgaande subparagrafen hebben we stilgestaan bij het verschil in de reikwijdte tussen de grondrechtsobjecten van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet. In deze subparagraaf gaan we in op de vraag of en in hoeverre, er een verschil zit in de reikwijdte van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM wanneer deze bepaling wordt toegepast in de rechtssystemen van de verschillende verdragspartijen door de bevoegde autoriteiten. Is bijvoorbeeld de Nederlandse rechter gebonden aan de wijze waarop men in Rusland op grond van artikel 9 EVRM uitingen en gedragingen als religieus kwalificeert? Met andere woorden moeten de verdragsstaten een op grond van artikel 9 EVRM gebaseerde uniforme uitleg van het begrip godsdienst hanteren?

Het EHRM heeft als uitgangspunt dat het de begrippen uit het EVRM autonoom uitlegt. Dat wil zeggen dat het een 'Europese' definitie geeft van een begrip. Het behandelt zaken dus op grond van zijn eigen interpretatie van een begrip.¹³³ Over de kwestie of verdragsstaten in hun nationale wetgeving een eigen interpretatie van een begrip mogen hanteren is het EHRM minder duidelijk. Er is één zaak bekend waarin het EHRM de suggestie wekt dat ten aanzien van de kwalificatie van het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM een bepaalde beoordelingsruimte voor de verdragsstaten geldt. In de Russische zaak *Kimlya* uit 2009 constateerde het EHRM dat in Rusland, in tegenstelling tot andere verdragsstaten, Scientology wel als godsdienstig werd erkend. Deze erkenning van de *godsdienst* vormde voor het EHRM reden om de niet-erkenning van het Scientology-*kerkgenootschap* te plaatsen in het licht van artikel 9 lid 2 EVRM. De vraag was of de niet-erkenning van het Scientology-kerkgenootschap een inbreuk vormde op de godsdienstvrijheid van de aanhangers van de Scientology, aangezien andere godsdiensten – los van een aantal voorwaarden waaraan diende te worden voldaan – wel toegestaan werd een kerkgenootschap op te richten. Het EHRM overwoog in deze zaak in algemene zin, dat het, het niet tot zijn taak rekent om *in abstracto* te bepalen of er sprake is van een godsdienst of levensbeschouwing en of de hiermee gerelateerde uitingen en gedragingen als de uitoefening hiervan moet worden geschaard. Volgens het EHRM bestaat hierover tussen de staten onderling geen consensus en kent het daarom bij twijfel over de aard van een godsdienstige leer of uiting of gedraging een belangrijke rol toe aan de kwalificatie door de nationale autoriteiten.¹³⁴ Het EHRM lijkt daarmee in deze zaak een uitleg aan de term godsdienst te geven die niet geheel autonoom is maar

¹³³ Gerards 2013, p. 90.

¹³⁴ EHRM 3 december 2009, nrs. 76836/01; 32782/03 (*Kimlya and others v Russia*), par. 79.

ruimte laat voor een uitleg die afhankelijk is van het begrip ervan in de lidstaten.¹³⁵

Opmerkelijk is dat deze overweging ten aanzien van artikel 9 EVRM niet wordt teruggevonden in latere jurisprudentie. De vraag is dan ook of we hier te maken hebben met een 'ééndagsvlieg' of dat het EHRM met deze uitspraak bewust een koers volgt waarbij naast het beperkingsregime ook het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid onderhevig is aan een 'margin of appreciation'.¹³⁶ Het is echter ook mogelijk om dit arrest anders te duiden. Gerards plaatst bovenstaande uitspraak in een bredere context en spreekt in dit verband van een 'vastklikmethode' die door het EHRM bij de bepaling van de reikwijdte van andere grondrechten wel vaker wordt gevolgd. Het EHRM maakt dan de toepasselijkheid van de EVRM-bescherming afhankelijk van het op nationaal niveau bestaan van bepaalde rechten, en niet van een autonome uitleg van EVRM-begrippen.¹³⁷ In het bovenstaande arrest zou het EHRM dan hebben aangesloten bij wat de nationale autoriteiten al hadden 'toegegeven', namelijk de erkenning van Scientology als godsdienst.¹³⁸ Vanwege de erkenning van de Scientology als godsdienst past het EHRM de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM toe. De betekenis van deze 'vastklikmethode' voor de wijze waarop uitingen en gedragingen worden gekwalificeerd als religieus lijkt vooralsnog beperkt, aangezien men slechts eenmaal, ten aanzien van bovengenoemde zaak, zou kunnen betogen dat hij is gevolgd. We kunnen daarom concluderen dat er vooralsnog geen sterke aanwijzingen zijn dat het EHRM een discrepantie tussen het grondrechtsobject van artikel 9 EVRM binnen de verdragstaten toestaat. Wat de eventuele consequentie van de vastklikmethode voor het begrip van godsdienst zou kunnen zijn, bespreek ik in 2.4 omdat zij in het kader van artikel 9 EVRM qua werking sterke gelijkenis laat zien met de werking van de samenloop van artikel 9 EVRM met artikel 14 EVRM.

¹³⁵ Gerards 2011, p. 55. Zie ook Murdoch 2012, p. 17.

¹³⁶ De leer van de 'margin of appreciation' komt erop neer dat verdragstaten een zekere vrijheid hebben in het opleggen van beperkingen aan de godsdienstvrijheid. Deze vrijheid heeft dan betrekking op de belangenafweging tussen de godsdienstuitoefening en de belangen genoemd in de beperkingsclausule. De legitimatie voor deze beoordelingsvrijheid is dat de kerk (religie) en staat-verhouding een sterk historisch en daarmee uniek karakter heeft en de nationale rechter om die reden het best in staat is om te beoordelen of een beperking van de godsdienstvrijheid rechtmatig is. Zie ook 4.4.2.

¹³⁷ Gerards 2011, p. 61.

¹³⁸ EHRM 3 december 2009, nrs. 76836/01; 32782/03 (*Kimlya and others v Russia*), par. 81.

2.2.12 Reikwijdte-overlap en reikwijdte-afbakening

Ten slotte dienen we in het kader van de reikwijdte van de grondrechtsobjecten van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet nog de eventuele overlap in reikwijdte of juist de afbakening in reikwijdte tussen verschillende grondrechten aan de orde te stellen. De overlap of de afbakening in reikwijdte heeft immers invloed op de vraag of iets telt als godsdienstig.

Het is niet altijd eenvoudig om te bepalen welk grondrecht van toepassing is ten aanzien van een bepaalde uiting of gedraging. Er wordt dan bijvoorbeeld geclaimd dat een uiting zowel valt onder de vrijheid van meningsuiting als onder de vrijheid van godsdienst. De vraag is dan of een meningsuiting tegelijkertijd het belijden van godsdienst of levensovertuiging kan inhouden. In de gevallen waarin meerdere grondrechten van toepassing kunnen zijn spreekt men van een reikwijdteoverlap. De kwalificatie van de uiting of handeling is in die gevallen relevant omdat de beperkingsregimes per grondrecht kunnen verschillen. De regel is dat bij twijfel het grondrecht aan de orde is dat voor de burger de meeste bescherming oplevert.¹³⁹

In sommige zaken wordt in weerwil van de claim van de justitiabele een uiting of gedraging niet gekwalificeerd als een uitdrukking van een godsdienst of levensovertuiging, maar wordt de uiting of gedraging door de wetgever of rechter beschermd door middel van een ander grondrecht. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de rechter een uitspraak niet kwalificeert als een directe uitdrukking van godsdienst of levensovertuiging maar als een ‘mening’ met een religieuze of levensbeschouwelijke achtergrond. Het uiten van die mening valt dan onder het recht van de vrijheid van meningsuiting. Zo werd in de zaak *Vogt v Duitsland* het ontslag van een docente Frans/Duits vanwege haar communistische opvattingen en gedragingen als lid van de communistische partij gelezen in het licht van het recht op de vrijheid van meningsuiting en niet in het licht van het recht op de vrijheid van levensovertuiging.¹⁴⁰

Een ander (nationaal) voorbeeld hiervan vinden we in de Zwolse *De Deur*-zaak.¹⁴¹ Deze kwestie ging over het gebruik van geluidsversterkende apparatuur bij evangeliserende activiteiten door een christelijk-evangelische gemeente (kerk). Hoewel de christelijk-evangelische gemeente vond dat het gebruik van deze apparatuur een integraal onderdeel vormde van het belijden van hun godsdienst kwalificeerde de ABRvS het niet als een vorm van

139 Met andere woorden, de bescherming van de verschillende aan de orde zijnde grondrechten wordt dan samengevoegd. Zie Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 270.

140 EHRM 26 september 1995, nr. 17851/91 (*Vogt v Duitsland*); zie voor een vergelijkbare zaak EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98 (*Murphy v Ierland*).

141 ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179, m.nt. Hofman.

belijden (onder de reikwijdte van artikel 6 lid 2 Grondwet) maar als een aan de godsdienstvrijheid verbonden (connex) recht op geluidsversterking dat valt onder het bereik van artikel 7 lid 3 Grondwet (vrijheid van meningsuiting).¹⁴² De ABRvS kon het gebruik van geluidsversterkende apparatuur niet als godsdienstige uiting kwalificeren omdat het door de bezwaarschriftcommissie van de gemeente Zwolle opgevoerde doel van de beperking niet 'matchte' met één van de doelcriteria opgenomen in artikel 6 lid 2 Grondwet: bescherming van de gezondheid, het belang van het verkeer of de bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Het doel dat de bezwaarschriftcommissie van de gemeente Zwolle opvoerde was namelijk 'eisen van maatschappelijk verkeer'. Dit doel was echter niet opgenomen in artikel 6 lid 2 Grondwet en had ook geen wettelijke grondslag in de zin van artikel 6 lid 1 Grondwet en was daarom onrechtmatig. De ABRvS oordeelde echter dat voor dit geval de vanaf de jaren '50 van de vorige eeuw in het kader van artikel 7 Grondwet ontwikkelde verspreidingsjurisprudentie van toepassing was.¹⁴³ In deze jurisprudentie is een verspreidingsrecht erkend, dat niet valt onder de eigenlijke vrijheid van meningsuiting, maar hieraan dienstbaar is en een ondergeschikt karakter heeft. Hieronder vallen zogeheten 'zelfstandige verspreidingsmiddelen' zoals aanplakken, folderen, lopen met sandwichborden en dergelijke. In tegenstelling tot de eigenlijke vrijheid van meningsuiting mag het verspreidingsrecht ook beperkt worden door lagere regelgevers.¹⁴⁴ Door het gebruik van geluidsversterkende apparatuur als 'zelfstandig verspreidingsmiddel' te kwalificeren kon de ABRvS toch beperkingen hierop toestaan in de vorm van geluidsvoorschriften opgenomen in de APV van Zwolle.

Het kwalificeren van vormen van belijden als uitingen of gedragingen die vallen onder de reikwijdte van een ander grondrecht heeft uiteraard gevolgen voor de reikwijdte van de godsdienstvrijheid. Indien bijvoorbeeld religieuze uitingen in toenemende mate worden gekwalificeerd als uitingen van een religieuze 'mening' betekent dit dat de vrijheid van meningsuiting het terrein van de vrijheid van godsdienst 'koloniseert'. Hierdoor neemt mogelijk het belang van de godsdienstvrijheid af ten gunste van de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. Niet duidelijk is in hoeverre er sprake is van een trend. Opgemerkt dient te worden dat deze kwestie geen gevolgen heeft voor de kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig. Ook wanneer dergelijke uitingen en gedragingen onder een ander grondrecht worden geschaard, bijvoorbeeld als (verspreiding van een) mening met een godsdienstige achtergrond, dient deze achtergrond als godsdienstig te worden gekwalificeerd. In bovengenoemde casus over geluidsversterkende ap-

142 Zie uitgebreid over de eerdere *De Deur*-zaken: Mendelts 2001, p. 82-85.

143 HR 28 nov. 1950, NJ 1951, 137 (*Tilburg*).

144 ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179, m.nt. Hofman, punt 4.

paratuur kwalificeerde de ABRvS de boodschap die de gemeente De Deur uitdroeg wel als godsdienstig, maar plaatste zij het middel dat hiervoor werd gebruik onder een ‘connex’ recht van verspreiding.

Alleen wanneer bij toepassing van een ander grondrecht de religieuze aard van een uiting of gedraging volstrekt wordt genegeerd, bijvoorbeeld door een uiting alleen te kwalificeren als een mening in plaats van als een mening met een religieuze achtergrond, kan men stellen dat ook het juridische begrip van godsdienst wordt gekoloniseerd door een ander juridisch begrip, in dit geval meningsuiting. Hiervoor zijn echter geen aanwijzingen.

2.3 DE SAMENLOOP VAN DE GODSDIENSTVRIJHEID (ARTIKEL 9 EVRM) MET HET DISCRIMINATIEVERBOD (ARTIKEL 14 EVRM)

Artikel 14 EVRM en artikel 1 Grondwet zijn rechten met, onder andere, een religieus object, namelijk het recht op bescherming tegen discriminatie vanwege godsdienst. De term godsdienst is in deze bepalingen als discriminatiegrond opgenomen. Er is geen reden om aan te nemen dat de betekenis van deze discriminatiegrond afwijkt van de betekenis van de term godsdienst in artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet. Discriminatie vanwege godsdienst kan ook plaatsvinden in het toekennen van godsdienstvrijheid door de staat of een particulier(e) (instantie) aan een burger. In dat kader is er geen sprake van een overlap tussen de godsdienstvrijheid en het gelijkheidsbeginsel maar van een aanvulling. Het gelijkheidsbeginsel concurreert niet met de godsdienstvrijheid maar vult deze aan. Omdat in de jurisprudentie van artikel 14 EVRM is bepaald dat artikel 14 EVRM (in tegenstelling tot artikel 1 Grondwet) geen zelfstandig recht is maar alleen toepassing kan hebben in samenloop met een ander recht, is in de jurisprudentie van het EHRM het uitgangspunt ontwikkeld dat voor de toepassing van artikel 14 EVRM in samenloop met een ander grondrecht niet de reikwijdte (‘scope’) van dat grondrecht doorslaggevend is maar de omvang (‘ambit’).¹⁴⁵ De betekenis van de term ‘ambit’ is nog niet geheel uitgekristalliseerd in de jurisprudentie, maar duidelijk is wel dat het ziet op een feitencomplex dat ruimer is dan de conventionele reikwijdte van het betreffende grondrecht.¹⁴⁶

Een voorbeeld in het kader van artikel 9 EVRM is de zaak *Savez Crkava ‘Riječ Života’ e.a. v Kroatië*.¹⁴⁷ Het betrof een protestantse geloofsgemeenschap

¹⁴⁵ Art. 1 Grondwet kan in tegenstelling tot art. 14 EVRM wel als zelfstandig recht worden ingeroepen en daardoor is het niet nodig om art. 6 Grondwet in het kader van het gelijkheidsbeginsel een ruimere reikwijdte te geven.

¹⁴⁶ Gerards 2015.

¹⁴⁷ EHRM 9 december 2010, nr. 7798/08, (*Savez Crkava ‘Riječ Života’ e.a. v Kroatië*), par. 56-58.

die klaagde dat zij, anders dan de overige geloofsgemeenschappen, bepaalde taken niet mocht uitvoeren, zoals het verstrekken van godsdienstonderwijs in openbare scholen of het afsluiten van erkende huwelijken. Het EHRM overwoog:

‘(...) the right to manifest religion in teaching guaranteed by Article 9 § 1 of the Convention does not, in the Court’s view, go so far as to entail an obligation on States to allow religious education in public schools or nurseries. Nevertheless, the Court considers that celebration of a religious marriage, which amounts to observance of a religious rite, and teaching of a religion both represent manifestations of religion within the meaning of Article 9 § 1 of the Convention.’¹⁴⁸

Het EHRM stelt verder dat aangezien de Kroatische staat het recht op bovengenoemde geloofsmanifestaties vrijwillig aan de overige in het land aanwezige geloofsgemeenschappen heeft toegekend, ze daardoor binnen de ruimere werkingssfeer (‘ambit’) van artikel 9 EVRM vallen en artikel 14 EVRM bijgevolg toepasselijk is. Doordat de Kroatische staat het verschil in behandeling tussen de verzoekers en de andere geloofsgemeenschappen niet kon rechtvaardigen, was artikel 14 EVRM, gelezen in samenloop met artikel 9 EVRM, geschonden.¹⁴⁹

De samenloop van artikel 9 EVRM en artikel 14 EVRM kan dus tot een breder toepassingsbereik van artikel 9 EVRM leiden. Dat bredere toepassingsbereik heeft ook consequenties voor de vraag wat in het concrete geval telt als godsdienstig. De reden hiervoor is dat het EHRM in het kader van artikel 14 EVRM in zijn beoordeling of sprake is van ongelijke behandeling teruggrijpt op een recht met een religieus object dat een ander rechtssubject (of rechtssubjecten) wel heeft (of hebben) gekregen en de klagende partij niet. Dit betekent *in concreto* een uitbreiding van het begrip godsdienst. Het EHRM kwalificeert dan immers uitingen en gedragingen als religieus die het zonder een op beroep artikel 14 EVRM niet onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM zou brengen. *In abstracto* is er echter geen uitbreiding van het begrip godsdienst aangezien de aangeklaagde staat het religieuze object van een dergelijk recht al als zodanig heeft gekwalificeerd. Het EHRM kijkt namelijk of de specifieke godsdienstuitoefening van de klagende partij overeenstemt met de categorie uitingen en gedragingen die de staat eerder als religieus heeft gekwalificeerd. Anders gezegd, het EHRM kijkt dan of sprake is van een ongelijke behandeling van gelijke gevallen.¹⁵⁰ In de onderhavige zaak had

148 EHRM 9 december 2010, nr. 7798/08 (*Savez Crkava 'Riječ Života e.a. v Kroatië*), par. 57.

149 Vanden Heede 2015. Deze wijze van grondrechtenbescherming wordt ook wel de ‘vastklikbenadering’ genoemd. Zie hierover ook 2.2.11.

150 Gerards, *NJCM-Bulletin* 2004/2, p. 192.

Kroatië het religieuze onderwijs en het afsluiten van huwelijken in het kader van andere religieuze denominaties al gekwalificeerd als godsdienstig. Met andere woorden, de categorie uitingen en gedragingen die op grond van artikel 14 EVRM als religieus worden gekwalificeerd zijn reeds in het kader van de rechten van een ander of andere rechtssubject(en) al als religieus gekwalificeerd. Vanuit die context overweegt het EHRM daarom:

‘(...) that celebration of a religious marriage, which amounts to observance of a religious rite, and teaching of a religion both represent manifestations of religion within the meaning of Article 9 § 1 of the Convention’.¹⁵¹

Tot slot valt op te merken dat de samenloop van artikel 9 EVRM met artikel 14 EVRM qua uitwerking een sterke gelijkenis kan vertonen met de in 2.2.11 besproken ‘vastklikmethode’. In feite zien we in de zaak *Kimlya* en in de zaak *Savez Crkava ‘Riječ Života’* dat beide ‘mechanismen’ erin resulteren dat uitingen en gedragingen om twee redenen als religieus worden gekwalificeerd: 1) omdat de overheid eerder heeft toegegeven dat het betreffende rechtssubject als natuurlijk- of als rechtspersoon (de klagende partij) religieus (van aard) is, en 2) omdat ze eerder soortgelijke uitingen en gedragingen van aanhangers van andere religies als religieus heeft gekwalificeerd. Beide mechanismen zorgen ervoor dat het godsdienstbegrip in *concreto* wordt uitgebreid maar niet in *abstracto*.

2.4 DE ORGANISATORISCHE OF INRICHTINGS-DIMENSIE VAN DE GODSDIENST-VRIJHEID

De organisatorische of inrichtingsdimensie van de godsdienstvrijheid kan van invloed zijn op het juridische begrip van godsdienst. In gevallen waar sprake is van een binnen een organisatorisch verband belijden van godsdienst is niet alleen het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid bepalend voor wat telt als godsdienst(ig), maar ook het grondrechtsobject van de vrijheid van vereniging. Uitingen en gedragingen die religieus geïnspireerd zijn, worden, wanneer ze binnen georganiseerd verband plaatsvinden, in sommige gevallen eerder als godsdienst gekwalificeerd dan wanneer ze buiten een organisatorisch verband plaatsvinden. Dit geldt in Nederland hoofdzakelijk voor uitingen en gedragingen die plaatsvinden binnen kerkgenootschappen en bijzondere scholen.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat de organisatie en inrichting (artikel 11 EVRM) van een religieuze organisatie begrepen moet worden

¹⁵¹ EHRM 9 december 2010, nr. 7798/08 (*Savez Crkava ‘Riječ Života’ e.a. v Kroatië*), par. 57.

vanuit de godsdienstvrijheid (artikel 9 EVRM).¹⁵² Binnen de Nederlandse rechtsorde heeft dit uitgangspunt ten aanzien van het kerkgenootschap en het bijzonder onderwijs (reeds ver voor de totstandkoming van het EVRM) geleid tot een wettelijke voorziening (in huidige vorm) in artikel 2:2 BW, de inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap en in artikel 23 Grondwet, de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs. Uit artikel 2:2 BW, artikel 23 Grondwet en uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat indien onderwerpen met betrekking tot de organisatie en inrichting van een religieuze gemeenschap, school of kerkgenootschap ingegeven zijn door godsdienst, ze op grond daarvan moeten worden aangemerkt als een godsdienstige uiting of gedraging. Het belijden van godsdienst krijgt daardoor een nadere invulling. De fundering van het statuut van een kerk, school of religieuze gemeenschap in theologische bronnen brengt met zich dat op het oog niet-religieuze onderwerpen zoals de organisatie, lidmaatschap etc. een religieuze dimensie kunnen krijgen.

Een voorbeeld is het organisatietype van de Protestantse Kerk in Nederland (PKN), dat geldt als een uitvloeisel van de protestantse theologie. In tegenstelling tot de hiërarchische episcopale organisatievorm van de Rooms-Katholieke Kerk is in de Nederlandse Hervormde Kerk onder invloed van het calvinisme gekozen voor een presbyteriaal-synodale structuur. Deze keuze is terug te leiden op het zich afzetten van de protestanten tegen een theologie die een onderscheid maakt tussen geestelijken en leken. In plaats daarvan geldt voor protestanten het leidende beginsel van *sola scriptura*: iedereen kan de Bijbel lezen en interpreteren onafhankelijk van de kerkelijke traditie. Het is daarom niet te gewaagd om te stellen dat deze organisatievorm net als bidden en de eredienst voortvloeit uit de godsdienstige leer en daarmee een godsdienstige uiting is.

Een ander voorbeeld is het maken van onderscheid door een kerkgenootschap. De wetgever erkent in artikel 3 van de AWGB expliciet dat de anti-discriminatiebepalingen niet van toepassing zijn op de rechtsverhoudingen binnen kerkgenootschappen en op het geestelijke ambt. Zo is het maken van onderscheid naar sekse bij het beroepen van een voorganger (vb. predikant of pastoor) of diaken door een kerkgenootschap – onder een aantal voorwaarden – toegestaan.¹⁵³ De uitzonderingsbepalingen vloeien voort uit de

152 In de 'vroeg' periode van het EVRM suggereerde de Commissie in haar rechtspraak dat de godsdienstvrijheid alleen op individuele wijze kon worden uitgeoefend. Deze positie is in de loop van de tijd verlaten. In EHRM 5 mei 1979, nr. 7805/77 (*X. en de Scientologykerk v Zweden*) werd erkend dat religieuze organisaties klachten konden voeren in naam van hun leden. In EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v Moldova*) bepaalde het EHRM dat art. 9 EVRM in het kader van de inrichtingsvrijheid van religieuze gemeenschappen moest worden geïnterpreteerd in het licht van art. 11 EVRM.

153 HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 330 (*Vrouwelijke diaken*).

erkenning van het feit dat voor sommige kerkgenootschappen het maken van onderscheid kan zijn ingegeven door godsdienst. Met andere woorden, de wetgever erkent dat het maken van onderscheid in concrete omstandigheden een godsdienstige uiting of gedraging kan zijn. Het maken van onderscheid op grond van godsdienst door een bijzondere school bij de aanstelling van leerkrachten, personeel en bij de selectie van leerlingen kan om dezelfde reden als dat een kerkgenootschap onderscheid maakt, worden gekwalificeerd als een godsdienstige gedraging. Dit vloeit voort uit artikel 23 Grondwet en de artikelen 5 lid 2 onder b en 7 lid 2 AWGB. Bijzondere scholen hebben onder voorwaarden (en in veel mindere mate dan het kerkgenootschap) een bepaalde autonomie bij het aanstellen van leerkrachten, personeel en bij de selectie van leerlingen. Te denken valt aan het weigeren van een leerling met een hoofddoek omdat dit indruist tegen de katholieke grondslag van een school.¹⁵⁴ Indien een andere rechtspersoon of een openbare school een dergelijk onderscheid zou maken bij het aanstellen van een docent zou dit niet worden gezien als een godsdienstige gedraging maar als verboden discriminatie. Artikel 23 Grondwet garandeert bijzondere scholen tevens een bepaalde autonomie in de keuze voor de leermiddelen. De *ratio* van deze autonomie is eveneens de godsdienstige grondslag van deze scholen. Voor een bijzondere school kan de keuze voor de leermiddelen ingegeven zijn door godsdienst. Zo kan een bijzondere school tot op zekere hoogte ervoor kiezen om bepaalde leerboeken niet aan te schaffen indien de inhoud op gespannen voet staat met de godsdienstige grondslag van de school.

Met de inrichtings- en organisatievrijheid van religieuze gemeenschappen stuiten we in het kader van dit onderzoek op een complexe materie. De inrichtings- en organisatievrijheid van religieuze gemeenschappen vormt een uitbreiding van de problematiek van het begrip van godsdienst. Want met de inrichtings- en organisatievrijheid van religieuze gemeenschappen doet zich het opmerkelijke verschijnsel voor dat de betekenis van godsdienst wordt ‘verdubbeld’: op het oog niet-religieuze zaken kunnen een religieuze betekenis krijgen.

154 Gerechtshof Amsterdam 6 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6764 (*Don Bosco-college*).

3.1 INLEIDING

In de literatuur worden twee wijzen onderscheiden waarop het begrip godsdienst kan worden uitgelegd: een subjectiverende en een objectiverende. In 3.2 komt de subjectiverende en in 3.3 de objectiverende aan de orde. Paragraaf 3.4 behandelt een restcategorie, namelijk de autonome wijze. Deze wijze komen we niet in de literatuur tegen maar is toegevoegd aangezien in sommige gevallen eigenlijk niet kan worden gesteld dat sprake is van een subjectiverende of objectiverende uitleg van het begrip godsdienst. In 3.5 ligt de focus op de voor- en nadelen van de genoemde wijzen.

Het positiefrechtelijk gedeelte van dit proefschrift beoogt onder andere meer duidelijkheid te verschaffen over de toepassing van de verschillende wijzen. Er zijn aanwijzingen in de rechtspraak en literatuur dat de subjectiverende wijze in toenemende mate wordt toegepast. In 3.6 worden deze aanwijzingen besproken.

3.2 SUBJECTIVERENDE UITLEG

3.2.1 *Leerstuk van interpretatieve terughoudendheid*

Het juridische begrip van godsdienst en van levensbeschouwing wordt gecompliceerd door het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat. Dit beginsel heeft in Nederland geleid tot het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid.¹ Het is voor het eerst geformuleerd in het arrest van de kerk-scheuring te Hasselt.² Hierin werd door de oude (synodale) gereformeerde kerk gevorderd dat door de afgescheiden (vrijgemaakte) kerk afstand werd gedaan van de kerkgoederen zoals het kerk- en schoolgebouw. De afgescheiden kerk stelde echter als verweer dat zij de voortzetting was van de oorspronkelijke kerk omdat de oude kerk qua religieuze leer was afgedwaald. Dit leverde de vraag op naar de theologische gebondenheid van de afgescheiden kerk aan de oude kerk. De rechter overwoog in dit kader dat het hem niet vrijstaat om over dogmatische en theologische leerstellingen te oordelen. Uit deze zaak volgde het algemene uitgangspunt dat de rechter geen

1 Vermeulen, *R&R* 1992-21, p. 35.

2 HR 15 februari 1957, *NJ* 1957, 201. Zie hierover Santing-Wubs 2002.

supertheoloog is en zich in geloofskwesties terughoudend moet opstellen.³ Dit uitgangspunt heeft brede toepassing gekregen binnen het recht.⁴

Het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid heeft ook betrekking op levensovertuiging. Hoewel er niet zoiets bestaat als een beginsel van 'scheiding tussen levensovertuiging en staat' vergt de gelijkstelling van godsdienst en levensovertuiging dat de staat zich ook terughoudend opstelt ten aanzien van inhoudelijke levensbeschouwelijke kwesties. De rechter moet bijvoorbeeld in het geval van een antroposofische levensovertuiging terughoudend zijn in het interpreteren van het werk van Rudolf Steiner.

In de jurisprudentie van het EHRM komen we het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid in andere bewoordingen ook tegen. In *Tamara Skugar e.a. v Rusland* legde het EHRM uit dat het niet zijn taak is:

'(...) to evaluate the legitimacy of religious claims or to question the validity of relative merits of interpretation of particular aspects of beliefs or practices. It is ill-equipped to delve into discussions about the nature and importance of religious beliefs, for what one person holds as sacred may be absurd or anathema to another and no legal or logical argument can be invoked to challenge a believer's assertion that a particular belief or practice is an important element of his religious duty.'⁵

Het EHRM koppelt deze terughoudende benadering aan de vereiste neutraliteit van de staat. Met regelmaat overweegt het dat:

'(...) the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed'.⁶

Met andere woorden, de neutraliteit van de staat vereist dat de staat zich niet waarderend mag uitlaten over de legitimiteit van godsdienst in het algemeen

3 Tahzib-Lie 2008, p. 51. Zie ook annotatie Boon, ARRS 7 April 1983, AB 1983, 430 (*Antroposofische arts*).

4 Het is bijvoorbeeld onacceptabel wanneer een rechter de Koran raadpleegt om uit te zoeken of het verplichte gemengde schoolzwemmen in strijd is met de islam. Zie Conclusie A.G. Fokkens bij HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, m.nt. A.C. 't Hart. De rechtbank in eerste aanleg maakte zich in dit geval wel schuldig aan de schending van het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Zie uitgebreid noot 38 in 18.4.

5 EHRM 3 december 2009 (ontv.), nr. 40010/04 (*Skugar e.a. v Rusland*), gedeelte D.

6 EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, EHRC 2013/67 (*Eweida and Others v United Kingdom*). Het EHRM verwijst naar: *Manoussakis and Others v Greece*, judgment of 26 September 1996, Reports 1996-IV, p. 1365, § 47; *Hasan and Chaush v Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 1, ECHR 2003-II).

en in het bijzonder over de legitimiteit van een specifieke godsdienst en de daarbij behorende manifestaties.⁷

Overigens hebben het EHRM en de nationale rechter in het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid geen beletsel gezien voor de ontwikkeling van de (in 2.2.5 besproken) regel die stelt dat de uitoefening van levensovertuiging of het belijden van godsdienst slechts dan wordt beschermd indien sprake is van een directe expressie van godsdienst of levensovertuiging.⁸ Dat is problematisch aangezien men, voordat men in staat kan zijn te bepalen of een uiting of gedraging een directe expressie is van de betreffende godsdienst of levensovertuiging, de godsdienst of de levensovertuiging zal moeten duiden. Het is maar de vraag of dit kan geschieden zonder dat men in strijd komt met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Men zal zich toch een beeld moeten vormen van de betreffende godsdienst of levensovertuiging om vervolgens te kunnen beoordelen of de betreffende uiting of gedraging kan worden gekwalificeerd als een directe expressie daarvan.⁹

3.2.2 *Opvattingen van justitiabele leidend*

Het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid past bij een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst.¹⁰ Het behelst het principe dat de uitleg van het rechtssubject zelf zoveel mogelijk leidend moet zijn bij de kwalificatie van diens uitingen en gedragingen als godsdienstig (zelfdefinitie). Voor de rechter betekent dit dat hij een subjectiverende wijze van kwalificeren toepast. De reden dat ik spreek van subjectiverende en niet van subjectieve kwalificatie is omdat ik het buitenstaander-standpunt wil benadrukken. Het is de rechter die godsdienst vanuit het subject voorstelt of beschouwt.¹¹ De justitiabele bepaalt in een concrete casus de betekenis van het begrip godsdienst.¹² We kunnen stellen dat een subjectiverende wijze van kwalificeren

7 In de Amerikaanse rechtspraak wordt het leerstuk de 'Religious Question Doctrine' genoemd. Zie hierover: Gedicks, *The George Washington Law Review* 2017, p. 94-151.

8 In EHRM-context ook wel *Arrowsmith*-test genoemd. Zie 2.2.4-2.2.5.

9 Zie reeds annotatie Boon, ARRvS 7 April 1983, AB 1983, 430 (*Antroposofische arts*); Murdoch 2012, p. 23; Brems 2003, p. 1-19, op p. 8; Cumper 2001, p. 311-328, op p. 320-325; Cumper 2007, p. 195-210, op p. 207-208; Evans 2009, p. 12; Martínez-Torrón & Navarro-Valls 2004, p. 207-238, op p. 229-230; Ahdar & Leigh 2005, p. 164-165; en Vickers 2008, p. 98.

10 Men zegt ook wel dat de rechter een subjectieve interpretatie toepast van de wettelijke term godsdienst (en belijden).

11 In 3.3 spreek ik daarom ook van een objectiverende en niet van een objectieve kwalificatie.

12 Vermeulen, *R&R* 1992-21.

een kwalificatie is die de betekenis van godsdienst subjectief maakt, dat wil zeggen, afhankelijk van het rechtssubject.¹³

Bij wetgeving kunnen we spreken van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst wanneer de wetgever bij de totstandkoming van wetgeving rekening houdt met de *mogelijke* opvattingen van het rechtssubject. Dit kan aan de orde zijn bij zowel het kwalificeren als het definiëren van een rechtsobject als religieus. In sommige gevallen kwalificeert de wetgever een uiting of gedraging als godsdienstig. Dit deed zich bijvoorbeeld voor bij het voorstel tot de invoering van een verbod op gezichtsbedekkende kleding. In de wetsgeschiedenis van het voorstel wordt expliciet gesteld dat het motief voor het dragen van de boerka verschillend kan zijn en afhankelijk is van de opvattingen van het rechtssubject.¹⁴ In zijn algemeenheid kunnen we stellen dat indien de wetgever bij het kwalificeren expliciet rekening houdt met de mogelijke opvattingen van rechtssubjecten er sprake is van een subjectiverende kwalificatie.

Meestal blijkt een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst door de wetgever uit de wijze waarop hij wettelijke termen met een religieus karakter definieert. Als hij daarbij rekening houdt met de mogelijke opvattingen van het individuele rechtssubject of van een collectief van rechtssubjecten is er sprake van een subjectiverende definitie. De wetgever geeft een religieuze term dan doelbewust een open karakter waardoor in beginsel alle aanhangers van godsdiensten hierop aanspraak kunnen maken. Ook wanneer de rechter een definitie geeft van een religieus object van een recht is er sprake van een subjectiverende definitie indien hij zich daarbij heeft laten leiden door mogelijke opvattingen van rechtssubjecten.

Zoals eerder in hoofdstuk 1 en 2 uiteen is gezet, is de betekenis van het begrip godsdienst door de grondwetgever en de opstellers van het EVRM maar in beperkte mate gegeven. Niet uitputtend, en slechts in algemene bewoordingen, is aangegeven wat belijden inhoudt en ten aanzien van godsdienst en levensbeschouwing ontbreekt een inhoudelijke definitie. De grondwetgever en de opstellers van het EVRM lijken tot op zekere hoogte een sub-

13 Overigens moeten we de subjectiverende kwalificatie niet verwarren met een subjectiverende benadering van de oprechtheid van het rechtssubject. Wanneer de rechter uitgaat van de geloofwaardigheid van de gevoelens en belevingswereld van het rechtssubject (met andere woorden: dat het rechtssubject daadwerkelijk in zijn eigen waarheid gelooft) maar vervolgens de geloofsovertuiging niet erkent omdat deze te subjectief is, dan is dat geen subjectiverende benadering van godsdienst maar een subjectiverende benadering van de oprechtheid van het rechtssubject. Een dergelijk standpunt komt erop neer dat de rechter de opvattingen van het rechtssubject als onwaar of als onjuist afdoet maar wel erkent dat het rechtssubject deze opvattingen kan hebben. Een rechtssubject kan bijvoorbeeld geloven in een godsdienst waarvan evident is dat het een (onoprecht) verzinsel is (bijvoorbeeld een grap).

14 Zie 7.2.

jectivering van het begrip godsdienst voor te schrijven, in de zin dat ze bewust ruimte laten voor verschillende godsdiensten en levensovertuigingen.¹⁵ Onduidelijk is echter in welke mate de grondwetgever en de opstellers van het EVRM een subjectivering van het begrip van godsdienst hebben beoogd en of deze subjectivering ook betrekking heeft op singuliere godsdiensten.

3.2.3 Onvoorspelbaarheid

Wanneer de rechtsorde de waarheidsclaims van rechtssubjecten over hun godsdienst serieus neemt, dat wil zeggen niet per definitie uitsluit maar *prima facie* als uitgangspunt accepteert, is het gevolg dat de reikwijdte van het godsdienstbegrip onvoorspelbaar wordt. Men kan in principe nooit voorspellen tot welke uitingen of gedragingen een al dan niet bestaande goddelijke macht een mens of een volk kan aanzetten. Een onthutsend maar treffend voorbeeld hiervan is het oudtestamentische verhaal van Abraham, die uit het niets en zonder hiervoor een ander doel te dienen dan het gehoorzamen aan God, besluit zijn geliefde zoon Izaäk te offeren.¹⁶

Dezelfde ondoorgrondelijkheid ligt ten grondslag aan meer gangbare vormen van godsdiensttoefening, zoals de joodse religieuze traditie van jongensbesnijdenis. Indien aan een belijdende Jood wordt gevraagd waarom jongens op de 8^e dag besneden moeten worden, krijgt men als belangrijkste reden te horen dat de Thora dit voorschrijft.¹⁷ Met het gebruik van autoriteiten in de argumentatie van veel gelovigen, de verwijzing naar een heilig geschrift of God als hoogste autoriteit, houdt de discussie voor niet-gelovigen

15 Overigens heeft ook de grondwetgever zich in beperkte mate 'schuldig' gemaakt aan objectivering (zie 3.3) van godsdienst. Zo volgt uit art. 6 Grondwet lid 2 een onderscheid tussen het 'binnen' en 'buiten' gebouwen en besloten plaatsen belijden van de godsdienst dat kenmerkend is voor de wijze waarop men traditioneel binnen het (protestantse) christendom in de kerk de eredienst houdt. In nog mindere mate geldt ook voor de opstellers van art. 9 EVRM lid 1 dat zij godsdienst hebben geobjectiveerd. Bij de opsomming van de door dit recht beschermde uitingen in het laatste deel van lid 1: eredienst, onderricht, praktische toepassing en onderhoud van geboden en voorschriften, lijkt men ten aanzien van het object van bescherming vooral de herkenbare cultus, rituelen en dergelijke voor ogen te hebben gehad. Zie 2.2.2 en ook 4.3.2. Zie ook: Vermeulen 2007, p. 20.

16 Genesis 22, NBV. Zie hierover uitgebreid: Kierkegaard 1983 [1843]; zie Derrida 2006. Kierkegaard grijpt dit Bijbelverhaal aan om te betogen dat (in tegenstelling tot Kant) het ethische (d.w.z. de moraliteit) niet het hoogste doel van de mens is (zijn *telos*), maar stelt dat de absolute liefde van de mens tot het Absolute (d.w.z. God) de *telos* is van het ethische. Het ethische kan volgens Kierkegaard teleologisch worden gesuspenderd door de 'ridder van het geloof'.

17 Heimbach-Steins 2013.

abrupt op.¹⁸ De al dan niet fictieve relatie met een God of goden kan in principe aanleiding geven tot onvoorspelbare en onbekende uitingen en gedragingen. Wanneer men deze lijn doortrekt kunnen zelfs uitingen en handelingen onder godsdienstig belijden worden geschaard die zijn ingegeven door vergaand subjectieve vormen van geloofsbeleving of door gewetensinhouden die geheel los staan van enige objectiveerbare traditie. Wanneer het recht uitgaat van een volledig subjectiverende kwalificatiewijze worden ook deze vormen van geloofsbeleving als zodanig gekwalificeerd.

Overigens lijkt bovengenoemde ondoorgrondelijkheid niet te gelden voor de uitingen en gedragingen van aanhangers van levensovertuigingen die deze niet funderen op een 'bovennatuurlijke' oorsprong. Sommige vormen van levensovertuiging zoals antroposofie, met haar visie op het hierna maals,¹⁹ worden echter ook gekenmerkt door deze ondoorgrondelijkheid. Ook hiervoor zou dan gelden dat hieruit de meest onvoorspelbare, singuliere, excentrieke en bizarre uitingen en gedragingen kunnen volgen.²⁰

3.3 OBJECTIVERENDE UITLEG

3.3.1 Uitleg op basis van algemene erkenning

De tegenhanger van een subjectiverende uitleg is de objectiverende uitleg. In de literatuur en de jurisprudentie²¹ spreekt men in dit verband ook wel van

18 Om deze reden is door meerdere seculiere liberalen betoogd om in het publieke domein (met name aangaande de dialoog tussen volksvertegenwoordigers) een vorm van 'publieke redelijkheid' of 'liberaal esperanto' in te voeren. Dit impliceert dat burgers die zeker zijn van bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, daarnaast een andere 'taal' moeten kunnen spreken. Een taal die voldoende neutraliteit waarborgt om niet problematisch te zijn voor de pluriforme samenleving en waarbij geen beroep wordt gedaan op omvattende doctrines of morele principes die mogelijk niet voor iedereen gelden. Zie o.a. Rawls 1993; Cliteur 2007; Hordijk 2001.

19 Zie de discussie over een eventuele verplichte inenting tegen mazelen waarbij zowel vanuit het reformatische als antroposofische mens- en wereldbeeld bezwaren zijn aangevoerd. J. van de Weg (antroposofisch arts), *Opinie, Trouw*, 8 augustus 2013.

20 Men zou overigens kunnen beweren dat elke diepgewortelde morele overtuiging uiteindelijk terug te voeren is op onbewijsbare aannames of vooronderstellingen en om die reden niet verschilt van een godsdienstige (of een enkele levensbeschouwelijke) opvatting. Toch is er wel een verschil tussen diepgewortelde morele overtuigingen en religieuze overtuigingen en dat is dat religieuze overtuigingen veelal steunen op vooronderstellingen over het bestaan van een God of godheden of andere opperwezens. Zie Audi 1997, p. 18-20, 25.

21 Zie bijvoorbeeld EHRM 13 april 2006, nr. 55170/00 (*Kosteski v the former Yugoslav Republic of Macedonia*) en CRvB 17 november 1994, AB 1995, 322, r.o. II.

een uitleg van het juridische begrip van godsdienst op basis van ‘objectieve’ maatstaven.

Objectief moeten we in dit verband begrijpen als een duiding dat een uiting of gedraging in zijn algemeenheid kan worden begrepen als godsdienstig. Het gaat er dus om dat anderen dan de justitiabele de uiting of gedraging uitleggen als godsdienstig. In het geval van de rechter betekent een dergelijke uitleg dat hij een objectiverende kwalificatie toepast. Dat wil dus zeggen een kwalificatie die geschiedt op grond van criteria die van buiten het subject – de drager van het (grond)recht – afkomstig zijn en een bepaalde mate van algemene geldigheid bezitten. Anders gezegd: een objectiverende kwalificatie maakt de betekenis van godsdienst(ige uitingen en gedragingen) objectief, dat wil zeggen dat ze is gegrond in kenbare bronnen die buiten het rechtssubject bestaan.

Objectieve criteria of maatstaven kunnen bijvoorbeeld worden ontleend aan de traditie of cultuur.²² Veel godsdienstige tradities zijn herkenbaar en vertrouwd. Deze tradities zijn vaak eeuwenoud en vermengd met de cultuur en taal van een volk. Ook de rituelen en vormen van belijden die behoren tot deze traditionele godsdiensten zijn makkelijk te herkennen en voorspelbaar.²³ Ze zijn algemeen aanvaard en bevatten een bepaalde mate van samenhang. Het zijn ‘collectieve representaties’ in het individuele bewustzijn die tot uiting komen in de bekende verhalen (of mythes) en dogma’s.²⁴ De voorspelbare kant van godsdienst of levensovertuiging, in de vorm van algemeen aanvaarde en herkenbare tradities, leent zich goed voor een objectiverende kwalificatiewijze. De rechter kan deze voorspelbare kant relatief eenvoudig toetsen door de religieuze claim van een justitiabele te verifiëren bij derden, zoals deskundigen, of aan de hand van maatschappelijke opvattingen.

Een voorbeeld waarin de rechter zich bij de beantwoording van de vraag of er sprake was van godsdienstig belijden liet leiden door ‘objectieve maatstaven’ is de *Santo Daime*-zaak. Hierin besloot de rechtbank dat het drinken van de hallucinerende ayahuasca-thee met de op grond van de Opiumwet verboden stof dimethyltryptamine, ‘een essentieel onderdeel van de religieuze beleving van de gelovigen uitmaakt’ en daarom moet worden gekwalificeerd als een door artikel 9 EVRM beschermde godsdienstige gedraging.²⁵ Zij baseerde haar oordeel op de opvattingen van deskundigen die stelden dat er in Zuid-Amerika inderdaad een kerkelijke gemeenschap genaamd Santo Daime bestaat en dat het gebruik van ayahuasca-thee in deze gemeenschap wordt beleefd als een heilig sacrament. Men zou overigens ook kunnen argumenteren dat de rechter in deze zaak ruimte heeft gelaten voor de zelfdefi-

22 Vermeulen, *R&R* 1992-21, p. 25.

23 Van Bijsterveld 2017, p. 43.

24 Durkheim 1899, par. II.

25 Rb. Amsterdam 21 mei 2001, *AB* 2001, 342.

nitie (subjectiverende kwalificatie) van het rechtssubject en deze vervolgens heeft geobjectiveerd middels de deskundigheid van een derde (objectiverende kwalificatie). Mijns inziens is een dergelijke argumentatie onjuist omdat de rechter uiteindelijk niet afgaat op de opvattingen van de justitiabele maar op die van deskundigen.²⁶

In sommige gevallen kwalificeert de wetgever concrete uitingen en gedragingen als godsdienstig. Meestal is de wetgever echter minder concreet en bakent hij slechts de inhoud af van een (grond)wettelijke of in het EVRM opgenomen term met een religieuze lading. Incidenteel gebeurt dit ook door de rechter. Er is sprake van een objectiverende definitie indien voor deze afbakening de hulp wordt ingeroepen van deskundigen of dat er verwezen wordt naar de heersende cultuur of algemene opvattingen. Het gevolg van een objectiverende definitie is dat het juridische begrip van godsdienst wordt afgebakend tot één of bepaalde godsdienst(en) en de daaruit voortvloeiende uitingen en gedragingen.²⁷ Het nettoresultaat van een dergelijke afbakening is hetzelfde als bij een objectiverende kwalificatie: godsdienst krijgt een verifieerbare, omlijnde betekenis waardoor bepaalde uitingen en gedragingen als godsdienstig worden beschouwd en andere niet.

3.3.2 *Opvattingen in de literatuur*

Verskillende auteurs pleiten voor een objectief begrip van godsdienst. Zo hield Cliteur naar aanleiding van het parlementaire debat over het wetsvoorstel van Thieme van de Partij voor de Dieren (PvdD)²⁸ een pleidooi voor het invoeren van juridische criteria die bepalen wat telt als godsdienst. Volgens Cliteur moeten we de vraag wat juridisch te beschermen godsdienst is niet overlaten aan ‘rabbi’s, priesters, imams of pandits’ maar aan juristen. Juristen moeten zich volgens Cliteur bezinnen op het verleden bij het bedenken van deze criteria. Als aanzet voor de ontwikkeling van deze criteria noemt Cliteur drie criteria die volgens hem door juristen in ieder geval in acht moeten worden genomen. Ten eerste mag religie niet lijden vergroten of geweld veroorzaken, ten tweede mag religie geen schade aan anderen toevoegen en ten derde mag religie de gelijkheid niet schenden.²⁹

Ook Soeteman heeft zich uitgesproken voor een objectief begrip van godsdienst. Hij stelt:

26 Zie over de *Santo Daime*-jurisprudentie uitgebreid 14.3.

27 Mendelts 2002, p. 65.

28 Over de rituele slacht; zie hoofdstuk 6.

29 Cliteur, *NJB* 2012/2531, p. 6.

‘Wanneer de overheid niet heeft uit te maken wat de gelovige als zijn godsdienst heeft te beschouwen, betekent dat allerminst dat de overheid evenmin heeft uit te maken of wat die gelovige als zijn godsdienst beschouwt ook door grondrechten beschermd wordt.’

De staat moet volgens Soeteman slechts dat beschermen ‘(...) wat hij zelf als godsdienst beschouwt’.³⁰ Hoewel Soeteman zelf geen objectieve criteria noemt op grond waarvan kan worden bepaald wat telt als godsdienst(ig), stelt hij dat het beginsel van rechtszekerheid van de staat verlangt dat duidelijk is wat godsdienst in juridische zin is en wat niet.

Ten slotte kan Vermeulen genoemd worden als voorstander van een meer objectieve uitleg van het begrip godsdienst. Volgens Vermeulen dient het godsdienstbegrip te zijn gebaseerd op het historische verband van de godsdienstvrijheid, dat zijn ‘de traditionele cultus, riten en organisatievormen en de onaantastbaarheid van het innerlijk, het *forum internum*’.³¹ Daarbij erkent hij dat een dergelijke historisch-restrictieve interpretatie van godsdienst problemen kan opleveren voor de religieuze uitingen en gedragingen van minderheden of individuen. Het gevaar zou volgens Vermeulen zijn dat de godsdienst van deze rechtssubjecten buiten de traditionele opvattingen over godsdienst valt en dat de rechtssubjecten daardoor geen aanspraak kunnen maken op de vrijheid van godsdienst. Vermeulen is van mening dat dit probleem tot op bepaalde hoogte kan worden opgelost door in die gevallen het religieuze rechtssubject het voordeel van de twijfel te geven. Maar, zo stelt hij, er is een grens aan een dergelijke subjectiverende interpretatie. In de zienswijze van Vermeulen verbiedt het beginsel van rechtsgelijkheid dat de rechtsorde kan uitgaan van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst wanneer dit ertoe leidt dat een minderheidsgroep of een individu hierdoor ten opzichte van andere rechtssubjecten buitenproportioneel wordt begunstigd. Vermeulen vindt dan ook dat het in de meerderheid van de zaken daarom nodig is dat de rechter uitgaat van een restrictieve, historische interpretatie. Bovendien stelt Vermeulen algemene voorwaarden aan het godsdienstbegrip. Er moet in alle gevallen sprake zijn van een coherente en omvattende wereldbeschouwing, een daarop geënte consistentie van handelen, een mate van communiceerbaarheid en een collectief karakter. Over deze laatste eis merkt Vermeulen op dat een louter particuliere overtuiging in juridische zin niet kan gelden als godsdienst.

30 Soeteman, *R&R* 1992, p. 106. Zie ook Soeteman, *Pedagogiek* 2008-1, p. 35.

31 Vermeulen 2008, p. 19.

3.4 AUTONOME UITLEG

In sommige gevallen is het erg onduidelijk op grond waarvan de wetgever of rechter een object met een religieus karakter (nader) definieert of als zodanig kwalificeert. Er ontbreekt dan een nadere motivering. Hierdoor wordt de indruk gewekt dat hij geheel op eigen inzicht beslist. Dit hoeft niet zo te zijn, maar omdat het tegendeel niet blijkt en dit ook niet kan worden achterhaald noem ik deze manier om tot een begrip van godsdienst te komen autonoom.

Een voorbeeld is de EHRM-zaak *Valsamis v Greece*. Deze Griekse zaak ging over de weigering van Jehova's getuigen om hun kind te laten deelnemen aan een herdenkingsparade ter gelegenheid van de dag van de onafhankelijkheid. Volgens de ouders was de parade te militaristisch en in strijd met de pacifistische overtuigingen van het Jehova's getuigen-geloof. Het EHRM liet zich niet door het relaas van de ouders overtuigen en stelde daarentegen dat 'it can discern nothing, either in the purposes of the parade or in the arrangements for it, which could offend the applicants' pacifist convictions...' en concludeerde dat 'the obligation to take part in the school parade was not such as to offend her parents' religious convictions'.³² Zoals uit het citaat blijkt oordeelt het EHRM in weerwil van de opvattingen van de ouders dat de parade niet in strijd is met het gedachtegoed van de Jehova's getuigen. Het EHRM onderbouwt dit oordeel niet terwijl het oordeel mijns inziens niet evident is. Ik duid een dergelijke kwalificatie dan ook als een 'autonome kwalificatie'.

Een autonome uitleg van het begrip godsdienst is vanuit het perspectief van het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid en de consistentie van het rechtssysteem (vanwege de eenheid van de wet) kwestieus. Een eigen kwalificatie van een wetgever of rechter getuigt niet van een terughoudende opstelling en een autonome kwalificatie die afwijkt van de lijn in de jurisprudentie is niet bevorderlijk voor de rechtseenheid. Niet in alle gevallen is een autonome uitleg echter even problematisch. Dat is zij bijvoorbeeld niet wanneer zij tussen de partijen onomstreden is (tenzij dit een ongewenst precedent schept) of omdat de uitleg erg voor de hand ligt. Net als bij een objectiverende manier om tot een begrip van godsdienst te komen is het resultaat van een autonome manier dat het begrip van godsdienst wordt afgebakend tot één of bepaalde godsdienst(en) en de daaruit voortvloeiende uitingen en gedragingen. We kunnen daarom stellen dat een autonome uitleg van het begrip godsdienst leidt tot een objectivering van het begrip godsdienst: godsdienst wordt een omlijnd, verifieerbaar begrip.

32 EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (*Valsamis v Greece*), par. 31.

3.5 VOOR- EN NADELEN VAN DE VERSCHILLENDE WIJZEN WAAROP HET BEGRIP GODSDIENST KAN WORDEN UITGELEGD

Aan alle drie de verschillende wijzen om het begrip godsdienst uit te leggen zitten haken en ogen. Voor zowel de objectiverende als de autonome uitleg gelden vijf punten van kritiek.

Ten eerste staan ze op gespannen voet met het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid omdat de staat zich dan niet terughoudend opstelt. Hij kent dan betekenis toe aan het begrip godsdienst. Daarmee begeeft de staat zich op het terrein van de 'kerk' of op dat van het individu.

Ten tweede impliceren ze dat een deskundige, de maatschappij, de wetgever of een rechter beter in staat is om te beoordelen of er sprake is van een godsdienst dan de justitiabele zelf. Dat is niet evident. Reeds Durkheim beargumenteerde overtuigend dat religieuze uitingen en gedragingen zich in het algemeen niet onderscheiden van alledaagse uitingen en gedragingen. Het enige verschil is volgens Durkheim dat religieuze uitingen en gedragingen gepaard gaan met een grotere intensiteit dan alledaagse uitingen en gedragingen. Die is volgens Durkheim echter niet van de buitenzijde kenbaar maar alleen aanwezig in de verbeelding van het individu of collectief. Durkheim geeft het voorbeeld van het nuttigen van brood en wijn tijdens de eucharistieviering. Dit betekent voor de katholieke verandering van brood en wijn in het lichaam en bloed van Christus (transsubstantiatie). Voor de niet-gelovige is hier echter sprake van een alledaagse consumptie.³³

Ten derde zijn ze omstreven omdat ze ertoe kunnen leiden dat een justitiabele niet wordt erkend in zijn religieuze overtuiging. Het recht komt dan los te staan van het oorspronkelijke religieuze object en beschermt nog wel iets, maar veelal niet het godsdienstig belijden dat de gelovige voor ogen staat.

Ten vierde kunnen ze resulteren in ongelijke behandeling. Het begrip godsdienst wordt door een objectiverende of autonome uitleg in een hokje gestopt. Een zeker ethnocentrisme kan hierbij een rol te spelen: alleen datgene dat we vanuit de achtergrond van de westerse samenleving (die is beïnvloed door de joods-christelijke godsdienst en het Grieks-Romeinse gedachtegoed) kunnen uitleggen als godsdienst(ig) kan als zodanig aanspraak maken op rechten. Wanneer men het begrip van godsdienst afbakt, sluit men de ogen voor atypische godsdiensten en individuele opvattingen.

Ten vijfde kunnen ze ervoor zorgen dat het recht uitingen en gedragingen beschermt die geen bescherming verdienen. Zo kan het dragen van een religieus symbool, bijvoorbeeld een crucifix, een modetrend zijn, los van enig

33 Durkheim 1899, par. II.

religieuze (bij)bedoeling. Het beschermen van dergelijke uitingen en gedragingen schiet dan zijn doel voorbij.³⁴

Voor de objectiverende uitleg geldt daarenboven nog een ander punt van kritiek. Dat is dat een objectiverende uitleg, indien men zich bij de beantwoording van de vraag 'wat telt als godsdienst' laat leiden door de opvattingen van de meerderheid, kan resulteren in een 'dictatuur van de meerderheid': dat de meerderheid van de bevolking beslist wat wel en geen godsdienst of levensbeschouwing is. Met name ten aanzien van minderheidsgodsdiensten en -levensovertuigingen kan dit problematisch zijn.

De subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst kan men op vijf gronden bekritisieren.

Ten eerste dat een subjectiverende uitleg het gevaar van anarchie oproept. Vermeulen uitte in 1992 in zijn artikel genaamd 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten' het vermoeden dat de beschermende waarde van bepaalde grondrechten, voor wat betreft de historische harde kern, verloren kan gaan wanneer de reikwijdte van het grondrechtsobject door subjectivering wordt opgerekt.³⁵ Volgens hem is het grote bezwaar van het onbeperkt laten meewegen van de overtuigingen van de justitiabele bij de bepaling van de reikwijdte van het grondrechtsobject, dat de reikwijdte van het grondrechtsobject daardoor een zodanige omvang krijgt dat het individu zich met een beroep op een grondrecht in verregaande mate aan zijn juridische plichten zou kunnen onttrekken.³⁶ Aansluitend stelt hij dat wanneer aan de ene justitiabele wordt toegestaan rechtsplichten met een beroep op zijn grondrechten naast zich neer te leggen, dit omwille van de rechtsgelijkheid en door de staat te betrachten neutraliteit ook aan anderen toegestaan zou moeten worden. Wanneer bijvoorbeeld de sexclub van de Kerk van Satan³⁷ als een (zelfstandig onderdeel van een) kerkgenootschap zou vallen onder de bescherming van de godsdienstvrijheid, zou ook een vergelijkbare 'Kama-Soetra-orde' als kerkgenootschap moeten worden erkend. De consequentie hiervan zou kunnen zijn dat er een wildgroei van religieuze claims ontstaat doordat de rechtsorde voor elk singulier geloof maatwerk moet leveren.

In het verlengde van de hiervoor genoemde grond kan men, ten tweede, aanvoeren dat een volledig subjectiverende uitleg het gevaar met zich kan brengen dat de justitiabele het recht misbruikt door niet de waarheid te spreken. Hij kan stellen dat zijn uiting of gedraging voortvloeit uit zijn godsdienst of levensovertuiging terwijl dit in werkelijkheid niet zo is. Dit kan absurde consequenties hebben. Een bekend voorbeeld hiervan is de man die

34 Evans 2012, p. 68.

35 Vermeulen, *R&R* 1992-21, p. 30.

36 Zie ook C. Evans 2001, p. 192.

37 HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 173.

van de gemeente Hellevoetsluis een identiteitsbewijs verkreeg waarop hij als clown was geportretteerd, omdat hij claimde dat dat zijn levensovertuiging was.³⁸ Een ander voorbeeld is de erkenning van 'de kerk van het spaghetti-monster' als kerkgenootschap op 26 januari 2016 door de Kamer van Koophandel.³⁹

Ten derde kan een subjectiverende uitleg ertoe leiden dat er beroep wordt gedaan op rechten met een religieus object door aanhangers van een godsdienst die maatschappelijk gezien ongewenst is. Bijvoorbeeld godsdiensten die geweld verheerlijken (zoals het jihadisme) of anderszins een bedreiging kunnen zijn voor de maatschappij.

Ten vierde bestaat er bij sommige auteurs de vrees⁴⁰ (andere auteurs juichen dit juist toe⁴¹) dat de subjectiverende uitleg op den duur ertoe zal leiden dat de godsdienstvrijheid zal worden afgeschaft en dat daardoor uiteindelijk godsdienstige uitingen en gedragingen minder goed zullen worden beschermd. De gedachte is dan dat vanwege de subjectivering van het begrip van godsdienst het onderscheid tussen het rechtsobject van de vrijheid van meningsuiting en de godsdienstvrijheid zo diffuus wordt dat de godsdienstvrijheid als zelfstandig recht zijn bestaansgrond verliest. Men stelt dan dat als er geen principieel onderscheid gemaakt kan worden tussen godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen en 'gewone' opvattingen men net zo goed elke opvatting en daaruit voortvloeiende gedraging (inclusief de godsdienstige of levensbeschouwelijke) kan laten vallen onder de vrijheid van meningsuiting en indien van toepassing onder vrijheid van vergadering. De angst is dat het op een hoop gooien van alle typen overtuigingen van lieverlee zal leiden tot een minder goede bescherming van godsdienstige uitingen en gedragingen.

Ten vijfde kan het gevaar ontstaan dat het bestaan van religieuze gemeenschappen door een subjectiverende uitleg wordt ondermijnd. Een probleem van een volledige subjectivering van het begrip van godsdienst zou kunnen zijn dat de individuele zelfdefinitie in botsing komt met een collectieve zelfdefinitie. Bijvoorbeeld doordat een vrouw op basis van haar godsdienstige overtuiging, in tegenstelling tot de leer van de katholieke kerk, meent wel pastoor te kunnen zijn in de katholieke kerk. De vraag is dan welke definitie voorrang heeft. De definitie van het individuele rechtssubject of van het collectieve rechtssubject?

38 *NRC Handelsblad*, 25 januari 2007.

39 kerkvanhetvliegendspaghettimonster.nl, zoek op kerk-en-bestuur (geraadpleegd 13 februari 2016). Overigens zullen aanhangers van deze 'godsdienst' natuurlijk beweren dat het wel een serieuze godsdienst is. Zie hierover ook 2.2 en 21.4.

40 Witte 2006, p. 102; Scharffs 2017; Groen 2012; Van der Wal, *R&R* 2010/39.

41 De Beer 2007; De Beer 2008; De Winter, *NJB* 1996, p. 1-8; Leiter 2008; Wijnberg 2010; Schutgens, *TvCR* 2012-1.

3.6 HUIDIGE TREND: SUBJECTIVERING OF TOCH (OOK) OBJECTIVERING?

Maatschappelijke ontwikkelingen zoals de secularisering, individualisering en multiculturalisering (komst van uitheemse religies) ondersteunen vanuit een praktisch perspectief het uitgangspunt van het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid dat het oordeel van de (grond-)rechtsdrager zoveel mogelijk leidend moet zijn bij het bepalen van het begrip van godsdienst. De beperkte pluriformiteit van de verzuiling is immers vervangen door een radicale veelvormigheid op religieus, levensbeschouwelijk en cultureel terrein waardoor het voor de wetgever en rechter lastiger is geworden om religieuze claims te beoordelen op grond van objectieve criteria ontleend aan de cultuur of traditie.⁴² Vanuit dit gezichtspunt en vanuit het toegenomen gewicht van het gelijkheidsbeginsel lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat wetgever en rechter de (grond)rechtsdrager in de recente geschiedenis meer vrijheid zijn gaan toekennen om zelf te bepalen wat als godsdienst, religieuze handeling et cetera telt. In hoeverre dit daadwerkelijk is gebeurd is echter geenszins duidelijk. Het positiefrechtelijk gedeelte van dit proefschrift heeft onder andere als doel een antwoord te bieden op de vraag in hoeverre er een bepaalde trend is waar te nemen ten aanzien van de keuze voor een objectiverende, subjectiverende of autonome manier om tot een begrip van godsdienst te komen.

In de literatuur en jurisprudentie zijn aanwijzingen te vinden dat de subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst terrein wint ten opzichte van de objectiverende uitleg. Zo menen Vermeulen en Philipsen dat er in nationale en internationale jurisprudentie een ontwikkeling zichtbaar is die erop wijst dat bij de interpretatie van de vrijheid van godsdienst in toenemende mate acht wordt geslagen op de uitleg die het grondrechtssubject van zijn eigen handelen en situatie geeft.⁴³ Zij baseren zich voor deze stelling op het *Batayan*-arrest⁴⁴ van het EHRM, het arrest *Yen Z. v Duitsland* van het HvJEU⁴⁵ en een advies van de Raad van State over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar.⁴⁶ Laat ik deze achtereenvolgens bespreken.

Het *Batayan*-arrest betreft een uitspraak van het EHRM naar aanleiding van het weigeren van de militaire dienstplicht op grond van religieuze gewetensbezwaren. De klager was een Jehova's getuige die een gevangenisstraf had gekregen omdat hij militaire dienst had geweigerd. Het EHRM overweegt dat in het geval dat er sprake is van een bezwaar tegen dienstplicht voort-

42 Vermeulen & Aarrass 2009.

43 Philipsen & Vermeulen 2014, p. 16.

44 EHRM 7 juli 2011, EHRC 2011, 137, m.nt. Loof (*Bayatyan v Armenië*).

45 HvJ EU 5 september 2012, JV 2012/403, m.nt. Battjes.

46 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32550, nr. 35, p. 13.

vloeiend uit oprechte religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen dit moet worden beschouwd als een beschermenswaardige gedraging of manifestatie van godsdienst of levensovertuiging.⁴⁷ Volgens Vermeulen en Philipsen is deze zaak opzienbarend omdat het EHRM hier voor het eerst bescherming toekent aan een handeling, *in casu* dienstweigering, vanwege het enkele feit dat deze wordt gemotiveerd door een oprechte religieuze overtuiging. Het subjectieve motief van de betrokkene zou bepaald hebben of dienstweigering wel of niet valt binnen de termen van artikel 9 EVRM.⁴⁸

De auteurs hebben gelijk wanneer ze stellen dat het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid in deze zaak subjectief wordt uitgelegd. Het is echter niet zo dat het EHRM in deze zaak een subjectief begrip hanteert van godsdienst. Het stelt immers dat in tegenstelling tot verschillende andere godsdiensten en levensbeschouwingen⁴⁹ het van de godsdienst van de Jehova's getuigen algemeen bekend is dat hij zich verzet tegen de militaire dienstplicht. Om die reden, zo stelt het EHRM, is er geen twijfel dat de gevoelens van de appellant oprecht zijn.⁵⁰ Met andere woorden, het EHRM toetst hier de opvattingen van de appellant aan de algemeen in de maatschappij aanwezige kennis omtrent het religieuze gedachtegoed van Jehova's getuigen. Deze toetsing kunnen we juist opvatten als een objectiverende kwalificatie. Men toetst de opvatting van de justitiabele aan algemeen geldige opvattingen in de maatschappij. Daaruit blijkt dat het geloof van Jehova's getuigen een godsdienst is en dat binnen die godsdienst dienstweigering de norm is.

Toch hebben de auteurs gelijk wanneer ze stellen dat de godsdienstvrijheid zelf hier subjectief wordt uitgelegd. De focus ligt dan echter niet op wat telt als godsdienst(ig) maar op de *vrijheidssfeer* waarbinnen de godsdienstoefening wordt toegestaan onder artikel 9 EVRM. Zoals blijkt uit de overwegingen van het EHRM was het in oudere arresten van oordeel dat gewetensbezwaren tegen de dienstplicht niet vielen onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM omdat het stelde dat artikel 9 EVRM in samenhang met artikel 4 lid 3, sub b EHRM moet worden gelezen waarin uitdrukkelijk is bepaald dat militaire dienst niet als verplichte arbeid of dwangarbeid moet worden beschouwd.⁵¹ In het onderhavige arrest breekt het EHRM met deze benadering en stelt dat voor de vraag of een uiting of gedraging valt binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM de verklaring van de justitiabele centraal moet staan. In die zin is dat inderdaad een subjectiverende uitleg van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid. Het is echter niet een subjectiverende uitleg

47 EHRM 7 juli 2011, EHRC 2011, 137, m.nt. Loof (*Bayatyan v Armenië*), par. 111.

48 Philipsen & Vermeulen 2014, p. 16.

49 EHRM 7 juli 2011, EHRC 2011, 137, m.nt. Loof (*Bayatyan v Armenië*), par. 81.

50 EHRM 7 juli 2011, EHRC 2011, 137, m.nt. Loof (*Bayatyan v Armenië*), par. 111.

51 ECRM 12 December 1966, no. 2299/64 (*Grandrath v Germany*).

van de term godsdienst. In het kader van dit onderzoek is deze casus daarom niet relevant.

Het arrest *Yen Z v. Duitsland* (zie over dit arrest uitgebreid 5.4) betreft een uitspraak van het HvJEU naar aanleiding van twee Pakistaanse asielzoekers die vanwege geloofsvervolging asiel zochten in Duitsland. In deze zaak treedt wel een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst naar voren. Het HvJEU overweegt in deze zaak als volgt:

‘De subjectieve omstandigheid dat het in het openbaar beleven van een bepaalde godsdienstige praktijk, waartegen de betwiste beperkingen zijn gericht, bijzonder belangrijk is voor de betrokkene om zijn godsdienstige identiteit te bewaren, vormt een relevante factor bij de beoordeling van het gevaar waaraan de verzoeker wegens zijn godsdienst in zijn land van herkomst zal worden blootgesteld, zelfs indien voor de betrokken religieuze gemeenschap het beleven van een dergelijke godsdienstige praktijk niet bepalend is.’⁵²

Met deze opvatting stelt het HvJEU in feite dat de vraag of een uiting of gedraging als godsdienst moet worden gekwalificeerd moet worden beantwoord aan de hand van de persoonlijke overtuiging van de asielzoeker. Dit geldt ook wanneer door de betrokken religieuze gemeenschap deze uiting of gedraging niet als godsdienstig wordt gezien. Het HvJEU gaat daarmee uit van de overtuiging dat wat telt als godsdienst(ig) afhankelijk is van het rechtssubject.

Het advies van de Raad van State over de gewetensbezwaarde trouwambtenaar⁵³ baseert zich voor de stelling dat sprake is van een toenemende subjectivering van de godsdienstvrijheid op zijn beurt op vier rechterlijke uitspraken:⁵⁴ op het reeds besproken *Batayan*-arrest⁵⁵ van het EHRM en drie uitspraken van nationale rechters. Laat ik ook deze uitspraken bespreken.

De eerste uitspraak is van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en betrof de kwestie van een docente die door een openbare school werd ontslagen omdat zij vanwege religieuze redenen geen handen wilde schudden van mannelijke collega's. De rechtbank oordeelde in eerste aanleg dat het niet

52 HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11, r.o. 70.

53 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32550, nr. 35, p. 13.

54 De Raad baseert zich op vier rechterlijke uitspraken: EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03 (*Bayatyan v Armenië*); CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440; Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643; Gerechtshof 's-Gravenhage 10 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1270.

55 EHRM 7 juli 2011, EHRC 2011, 137, m.nt. Loof (*Bayatyan v Armenië*).

willen schudden van handen van mannelijke collega's niet valt onder de vrijheid van godsdienst en dat de school zich om die reden zich niet schuldig had gemaakt aan verboden onderscheid op godsdienst in de zin van de Algemene wet gelijke behandeling door de docente hierom te ontslaan.⁵⁶ De CRvB oordeelde anders en hanteerde een subjectiverende kwalificatiewijze. Hij stelde op basis van de verklaringen van de docente – zij ervaart het schudden van handen met volwassen mannen vanuit haar geloofsovertuiging als seksuele intimidatie – dat het niet willen schudden van mannenhanden moest worden beschouwd als een islamitische geloofsgedraging die valt onder de term godsdienst zoals bedoeld in de AWGB (artikel 5, eerste lid, aanhef en onder d).⁵⁷ Na afweging van onder andere het openbare karakter van de school ten opzichte van de geloofsvrijheid van de docente komt de CRvB tot de conclusie dat beperking van de godsdienstvrijheid van de docente wettelijk is gelegitimeerd.⁵⁸

De tweede uitspraak betreft tevens een zaak waarbij de religieuze gedraging bestond uit het niet willen handen schudden. In dit geval ging het echter om een man die weigerde om de handen van vrouwen te schudden. Ook deze uiting werd ingegeven door een islamitische geloofsovertuiging. Vanwege deze geloofsuiting werd de man niet door de gemeente Rotterdam aangesteld als klantmanager bij de Dienst Sociale Zaken. De Rechtbank Rotterdam kwalificeerde op basis van de verklaringen van de man het niet willen handen schudden van vrouwen – in navolging van de Commissie Gelijke Behandeling (CGB)⁵⁹ – als een godsdienstige gedraging die valt onder het begrip godsdienst in de zin van de AWGB. De rechtbank ging net als de CGB uit van een subjectiverende kwalificatiewijze. De consequentie hiervan was dat de gemeente zich schuldig had gemaakt aan onderscheid op grond van godsdienst. Teneinde het belang van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen door de gemeente Rotterdam te beschermen, werd het onderscheid dat de gemeente Rotterdam maakte, door de rechtbank echter niet in strijd geacht met de AWGB en het grondrecht van de vrijheid van godsdienst.⁶⁰

De derde uitspraak waarop de Raad van State zijn stelling baseert is het hoger beroep van bovengenoemde zaak bij het Gerechtshof 's-Gravenhage. De gemeente Rotterdam stelt in hoger beroep ter discussie of het niet willen schudden van handen wel begrepen kan worden als een godsdienstige gedraging. De gemeente betoogt dat het weigeren om handen te schudden niet dwingend wordt voorgeschreven door de islam. Het hof geeft in zijn reactie

56 CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440, r.o. 7.4.

57 CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440, r.o. 7.7.

58 CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440, r.o. 7.10.

59 CGB 5 oktober 2006, oordeel 2006-202.

60 Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643, r.o. 5.2, 5.3. Zie hierover uitgebreid 7.3.

hierop blijkt het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid te onderschrijven. Zo stelt het dat de civiele rechter in beginsel bevoegd (en genoodzaakt) is om gedragingen op hun religieuze merites te beoordelen, maar dat hij daarin terughoudend moet zijn. Verder stelt het hof dat de man voldoende aannemelijk had gemaakt dat er orthodoxe religieuze stromingen zijn waarin de opvatting wordt gehuldigd dat de islam dwingt (huwbare) vrouwen niet de hand te schudden als zijnde 'onrein', en dat hij tot een dergelijke stroming behoort. Het hof komt daarom tot de conclusie dat de weigering van de man om handen te schudden een directe uiting is van geloofsovertuiging. Overigens brengt het hof een opmerkelijke overweging naar voren wanneer het in aanvulling op bovenstaande stelt dat het weigeren om handen te schudden in ons land een zeldzame en opvallende gedraging is, die in de regel wordt toegeschreven aan een geloofsovertuiging en vervolgens stelt: 'In dat licht is de weigering van [appellant] om handen te schudden naar *objectieve maatstaven* kenbaar als een directe uiting van zijn geloofsovertuiging.' Kennelijk vindt het hof het feit dat veel mensen het niet willen handen schudden associëren met een religieuze overtuiging een voldoende objectieve maatstaf. We kunnen dan ook stellen dat in dit arrest geen sprake is van een subjectiverende kwalificatiewijze maar juist van een objectiverende. De kwalificatie wordt immers ondersteund vanuit de vermeende algemene opvatting dat het weigeren om handen te schudden voortvloeit uit een godsdienstige overtuiging. Overigens acht het hof net als de rechtbank eerder het belang van de gelijke behandeling van vrouwen en mannen door de gemeente Rotterdam zwaarderwegender dan de godsdienstvrijheid van de man en oordeelt het daarom dat het door de gemeente gemaakte onderscheid niet in strijd is met de AWGB en de vrijheid van godsdienst.⁶¹

We kunnen stellen dat van de boven besproken uitspraken alleen het arrest *Y en Z v Duitsland* van het HvJEU en twee uitspraken over het niet willen schudden van handen aanleiding geven te veronderstellen dat het begrip van godsdienst in toenemende mate subjectief wordt uitgelegd. Naast Philipsen & Vermeulen en de Raad van State zijn er echter ook anderen die menen dat er een subjectiverende trend in de uitleg van de (grond)wettelijke godsdienst is te ontwaren. Zo ook Groen. Zij doet deze bewering in haar annotatie bij de *Eweida*-uitspraak⁶² van het EHRM. In deze zaak, die een samenvoeging is van vier afzonderlijke Britse zaken, gaat het om de individuele geloofsuitingen van 'werknemers'. Het betrof een medewerker van British Airways die over haar uniform een ketting met een kruisje wenste te dragen, een verpleegster die werkte in een openbaar ziekenhuis en die eveneens over haar uniform

61 Gerechtshof 's-Gravenhage 10 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1270. Zie ook 7.3.

62 EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, EHRC 2013/67, m.nt. J. Gerards (*Eweida and Others v United Kingdom*). Noot van L.C. Groen, *NTM-NJCM-Bulletin* 2013/30, afl. 3, p. 399-417.

een kruisje wenste te dragen, een ambtenaar die weigerde homoseksuele stellen te trouwen en een relatietherapeut die weigerde homoseksuele stellen te begeleiden.

Het EHRM gaat in deze zaken in belangrijke mate af op wat de klagers stellen ten aanzien van de religieuze aard van de betreffende uitingen en gedragingen. Op grond daarvan stelt het dat in alle zaken de godsdienstvrijheid in het geding is, met andere woorden dat er sprake is van religieuze uitingen en gedragingen. In zijn algemeenheid maakt het EHRM wel het voorbehoud dat niet alle uitingen waarvan de rechtszoekende stelt dat zij religieus gemotiveerd zijn, ook daadwerkelijk zijn aan te merken als een geloofsuiting. Het stelt:

‘In order to count as a “manifestation” within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief. An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, the manifestation of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question.’

Het EHRM hanteert dus wel in enige mate een objectieve toets doordat als voorwaarde wordt gesteld dat er wel een directe relatie moet zijn met de geloofsovertuiging van het rechtsobject en de betreffende uiting of gedraging. Tegelijkertijd stelt het EHRM dat op de klager niet de bewijslast rust om aan te tonen dat die directe relatie er is en dat ook niet voor de hand liggende vormen van belijden hieronder kunnen vallen. Of er voldoende verband bestaat tussen de uiting en de geloofsovertuiging, moet volgens het EHRM steeds aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval worden beoordeeld.⁶³

Groen (en ook Gerards)⁶⁴ ziet in deze zaak een breuk met de *Arrowsmith*-doctrine die voorop stelt dat het rechtssubject moet aantonen dat er een direct verband bestaat tussen de godsdienstige leer en de betreffende gedraging. Van belang in deze doctrine was dus niet in de eerste plaats of de klager stelde de uiting of gedraging op basis van religieus geïnspireerde motieven te verrichten, maar of hij aannemelijk kon maken dat zijn uiting religieus

63 EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, EHRC 2013/67, m.nt. J. Gerards (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82.

64 ECRM 16 mei 1977, appl. no. 7050/75 (*Arrowsmith v VK*). Ook Gerards is deze mening toegegaan. Zie annotatie bij EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, EHRC 2013/67 (*Eweida and Others v United Kingdom*).

was geïnspireerd. In de zienswijze van Groen is dit uitgangspunt ook al voor de *Eweida*-uitspraak langzamerhand verlaten. Groen verwijst daarvoor naar de *Leyla Sahin*-uitspraak⁶⁵ waarin het dragen van een hoofddoek door het EHRM werd gekwalificeerd als een religieuze uiting, grotendeels op basis van de verklaring van Sahin (klager), die stelde dat zij het dragen van een hoofddoek zag als een religieuze plicht.

Op basis van de opvattingen van bovenstaande auteurs en de door hen naar voren gebrachte jurisprudentie zou kunnen worden gesteld dat er aanwijzingen zijn dat de rechter bij de kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig in toenemende mate belang hecht aan de verklaringen van het rechtssubject. Daarbij dient wel te worden opgemerkt dat in een aantal zaken die door de bovengenoemde auteurs naar voren zijn gebracht het subjectiverende karakter van de kwalificatie niet geheel overtuigend is. Zo blijkt in het *Batayan*-arrest de subjectiverende kwalificatie vooral betrekking te hebben op de vrijheidssfeer van het grondrecht van artikel 9 EVRM en niet op het fenomeen godsdienst zelf. In andere zaken bleek de rechter toch ook gebruik te maken van objectieve criteria op grond waarvan men niet kan zeggen dat er sprake is van een zuiver subjectiverende kwalificatie.

Overigens wijst eerder onderzoek van Mendelts niet in de richting van een sterke subjectivering van het godsdienstbegrip. Volgens Mendelts, die de subjectivering van de godsdienstvrijheid in een tiental jurisprudentiedossiers tot het jaar 2001 heeft onderzocht, zijn er per zaak grote verschillen in de benaderingswijze van de rechter. Hij stelt dat het EHRM nauwelijks rekening houdt met de subjectieve opvattingen van de dragers van de godsdienstvrijheid, en vooral zou proberen objectieve maatstaven aan te leggen. In de Nederlandse jurisprudentie zou, mede ingegeven door het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid, meer aandacht zijn voor de claims van dragers van de godsdienstvrijheid, maar ook daarin zouden de opvattingen van de grondrechtsdragere zelf slechts een bescheiden rol spelen bij de beoordeling van de reikwijdte van het grondrechtsobject.⁶⁶

Mogelijk heeft zich pas na 2001 een ontwikkeling ingezet waarbij bij de kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienst(ig) meer waarde wordt gehecht aan de verklaringen van het rechtssubject. Het positiefrechtelijk gedeelte van dit onderzoek tracht nader uit te wijzen of sprake is van een toename van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Misschien is het zo dat in de huidige tijd de wetgever en rechter zich in toenemende mate laten leiden door de overtuigingen van het (grond)rechtssubject. Aan de andere kant zou het ook mogelijk kunnen zijn dat de rechtsorde nog steeds wordt beheerst door een objectivering van het begrip van godsdienst

65 EHRM 10 november 2005, appl. no. 4474/98 (*Leyla Sahin v Turkije*); EHRC 2006/170, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 213.

66 Mendelts 2002, p. 81, 97.

op basis van de van oudsher in Nederland gevestigde monotheïstische religies zoals het joden- en christendom, terwijl de religieuze beleving van de meerderheid van de bevolking structureel is veranderd. De wind kan echter ook uit een andere hoek waaien. Zo zou ook sprake kunnen zijn van een objectivering niet op basis van de traditionele religies, maar op basis van een ander betekeniskader, bijvoorbeeld één die is gestoeld op een seculier, liberaal en individualistisch mens- en wereldbeeld.⁶⁷

Ten slotte is het ook denkbaar dat beide bewegingen, objectivering en subjectivering, simultaan optreden. In dat geval zal de beslissing om uitingen en gedragingen als religieus te kwalificeren aan de ene kant meer worden bepaald door de opvattingen van de drager van rechten met een religieus object, terwijl deze aan de andere kant wordt bepaald door criteria extern van deze drager. Het positiefrechtelijk gedeelte van dit proefschrift heeft onder andere als doel een antwoord te bieden op de vraag in hoeverre er een bepaalde trend is waar te nemen ten aanzien van de keuze voor een objectiverende, subjectiverende of autonome uitleg.

⁶⁷ Van der Burg, *NJB* 2010, p. 2026.

4 | Het juridische begrip van godsdienst binnen verschillende filosofische ideaaltypen

4.1 INLEIDING

De verschillende wijzen waarop men het juridisch begrip godsdienst kan uitleggen (objectiverende, subjectiverende of autonome uitleg) vertellen iets over de manier waarop het recht omgaat met de maatschappelijke verscheidenheid van godsdiensten en levensbeschouwingen in de samenleving. Een subjectiverende uitleg veronderstelt bijvoorbeeld een rechtsorde die voortdurend ervoor openstaat om – tot op het niveau van het individu – nieuwe religieuze en levensbeschouwelijke opvattingen en uitingen te erkennen, en daaraan, tenzij in strijd met de beperkingsclausule, consequenties te verbinden in de vorm van rechten. Een keuze voor een bepaalde uitleg van de term godsdienst kan zijn ingegeven door of worden gelegitimeerd vanuit bepaalde opvattingen over religieuze pluriformiteit. In dit hoofdstuk wil ik de juridische betekenis van godsdienst zoals die ligt vervat in een aantal politiek-filosofische idealen (of ideologieën) van de samenleving bespreken.

Achtereenvolgens behandel ik het theocratisch perspectief, het liberaal-gezindtepluralisme, het secularisme, het communautarisme en het accommodationisme. Deze vijf perspectieven passeren de revue omdat ze een belangrijke invloed of aantrekkingskracht hebben of hebben gehad op de Nederlandse rechtsorde en daarmee op het juridische begrip van godsdienst. Deze perspectieven ontleen ik deels aan de Angelsaksische politieke filosofie en deels aan de in de Nederlandse literatuur ontwikkelde modellen van de scheiding tussen kerk en staat.¹ Mogelijk zijn er voor de perspectieven die ik schets ook andere benamingen in omloop. Verder zijn er allerlei varianten denkbaar van de genoemde perspectieven. Daarom spreek ik in de titel over filosofische ‘ideaaltypen’. Van deze ideaaltypen bespreek ik enkel de kernpunten en beperk ik mij tot die aspecten die betrekking hebben op de betekenis van godsdienst. De volgorde waarin ik bovengenoemde filosofische perspectieven bespreek is niet willekeurig maar gebaseerd op de ontstaansgeschiedenis van deze perspectieven.

1 De ideaaltypen theocratie en het secularisme ontleen ik aan de Nederlandse literatuur: Zie Vermeulen 2007; Soeteman, *Pedagogiek* 2008-1; Broeksteeg 2014. Het ideaaltypen ‘liberaal gezindtepluralisme’ is geïnspireerd op het model van de gezindtecultuur beschreven door Taylor 2007. Het ideaaltypen communautarisme ontleen ik aan Kymlicka 2002. Het ideaaltypen accommodationisme ontleen ik aan Nussbaum 2013.

Het doel van dit hoofdstuk is primair een referentiekader te bieden voor het empirische gedeelte van dit onderzoek (de positiefrechtelijke analyse van het juridische begrip van godsdienst binnen een aantal rechtsgebieden). In dat empirische gedeelte zal aan de hand van de besproken ideaaltypen het juridische begrip van godsdienst worden gecategoriseerd. Behalve dat bovengenoemde ideaaltypen het mogelijk maken om het juridische begrip van godsdienst zoals dat in het positieve recht ligt opgesloten te categoriseren, biedt een kritische bespreking van de voor- en nadelen van deze verschillende ideaaltypen ook de mogelijkheid om een bepaald begrip van godsdienst te bepleiten. Dat wil zeggen, dat er op basis van een vergelijking tussen de verschillende ideaaltypen en hun uitwerking op het juridische begrip van godsdienst een keuze kan worden gemaakt voor wat het 'beste' begrip van godsdienst zou moeten zijn. Dit gebeurt echter pas in het slothoofdstuk (21) aangezien er pas dan een algehele conclusie kan worden getrokken over het juridische begrip van godsdienst binnen het positieve recht.

De verschillende perspectieven hebben zich veelal als reactie op elkaar ontwikkeld. Zo zijn het liberaal gezindtepluralisme en het secularisme te beschouwen als een reactie op het theocratische perspectief en vormen het communautarisme en accommodationisme een reactie op het liberaal gezindtepluralisme en het secularisme. Paragraaf 4.2 gaat over het theocratische perspectief. Dit is een perspectief waarin een staat één godsdienst als ware godsdienst kwalificeert en deze vervolgens op allerlei manieren aan zijn burgers oplegt. Dit perspectief heeft vanuit het perspectief van het liberaal gezindtepluralisme veel kritiek ondervonden. Het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme is goed te herkennen in de Nederlandse rechtsorde. Het bestaan van de godsdienstvrijheid als een grondrecht is hiervan een belangrijk voorbeeld. Het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme wordt behandeld in 4.3. In het verlengde hiervan ligt het seculiere ideaaltype. Binnen het seculiere ideaaltype wordt het liberale neutraliteitsbeginsel verabsoluteerd (4.4). Een seculier perspectief heeft in het Nederlandse recht nooit echt voet aan de grond gekregen maar wordt in het academische en politieke debat wel met enige regelmaat gepropageerd. Het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme en het seculiere ideaaltype hebben verschillende reacties opgeroepen. Een van deze reacties heeft gestalte gekregen in de stroming van het communautarisme (4.5). Het ideaaltype van het communautarisme heeft met name moeite met de individuele benadering van neutraliteit binnen het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme en pleit in plaats daarvan voor een meer collectieve benadering van vrijheidsrechten. Hoewel een dergelijk perspectief in Nederland nooit onder deze Angelsaksische benaming (communautarisme) bekend is geworden heeft het in het verleden belangrijke invloed gehad op de rechtsorde. Met name de rechten van kerkgenootschappen en de rechten van het bijzonder onderwijs kunnen we als een vrucht hiervan beschouwen. Het ideaaltype van het accommodationisme,

waarover paragraaf 4.6 handelt, kan men begrijpen als een – later in de tijd – ontstane reactie op het liberaal gezindtepluralisme en op het secularisme. Het accommodationisme komt (net als het multiculturalisme) in verweer tegen een meerderheidscultuur die meent neutrale wetten te kunnen creëren die minderheden niet zouden benadelen. Het accommodationisme pleit voor accommodatie in het recht van culturele diversiteit (waaronder ook individuele religieuze pluriformiteit wordt geschaard). Daarbij kan men denken aan uitzonderingsbepalingen in wetgeving waaruit een bepaald voorkeursbeleid blijkt ten aanzien van achtergestelde minderheden. Ook dit perspectief heeft voet aan de grond gekregen binnen de Nederlandse rechtsorde.

4.2 HET THEOCRATISCHE PERSPECTIEF

4.2.1 *Staatsgodsdienst*

Binnen dit radicale perspectief wordt er één godsdienst officieel erkend als staatsgodsdienst en openlijk gesteund door de staat. Overheden en onderwijsinstellingen hebben de taak deze godsdienst actief uit te dragen en het volk van de waarheid ervan te doordringen. Uiteraard is er binnen dit perspectief geen scheiding tussen kerk en staat. De inrichting en het functioneren van de staat wordt volledig beheerst door één bepaalde godsdienst. Ten aanzien van de vrijheid van godsdienst geldt dan dat alleen de staatsgodsdienst rechten heeft. Aan ‘dwaalleren’ worden geen rechten toegekend. We kunnen dan ook stellen dat binnen dit perspectief alleen de staatsgodsdienst, godsdienst in juridische zin is.² De staat bepaalt wat godsdienst is en wat niet.³ Binnen een dergelijke staat wordt het fenomeen godsdienst op een objectiverende wijze geduid omdat alleen die uitingen en gedragingen als godsdienstig worden gekwalificeerd die conformeren met de staatsgodsdienst. In de wat mildere varianten van een theocratie worden dwaalleren wel getolereerd maar worden aan de aanhangers ervan geen rechten toegekend. Kritiek op de ware godsdienst wordt binnen dit perspectief al snel gezien als een schending van de godsdienstvrijheid van de ware gelovigen en kan worden tegengegaan met een strafrechtelijk verbod op godslastering. Het theocratische perspectief vindt tegenwoordig nog steun in enkele islamitische staten zoals Iran, Saoedi-Arabië en Soedan.⁴

Artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet sluiten een theocratisch perspectief uit. Dit blijkt tevens uit de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM plaatst godsdienstoefening binnen de kaders van liberale en democratische idealen.

2 Soeteman, *Pedagogiek* 2008-1, p. 30-31.

3 Dalferth, *Journal of the American Academy of Religion* 2010, p. 332.

4 Broeksteeg 2014, p. 51.

Zo oordeelde het EHRM in *Refah Partisi tegen Turkije*⁵ dat een politieke partij moest worden ontbonden omdat leden van deze partij voorstander waren van onder andere het invoeren van de Sharia, dat is het recht direct gebaseerd op islamitische voorschriften. Het EHRM maakte duidelijk dat een politieke partij die de democratie of de rechtsstaat niet respecteert of erop uit is die te vernietigen of de fundamentele (mensen)rechten die hiermee verbonden zijn niet serieus neemt, geen bescherming kan verwachten op grond van de rechten opgenomen in het EVRM.⁶

Naast de theocratie kan men ook een model van de scheiding tussen kerk en staat onderscheiden waarbij er weliswaar een staatsgodsdienst is – die in sommige landen ook bevoordeeld wordt boven andere godsdiensten – maar waarin ook andere godsdiensten als zodanig worden erkend en de aanhangers daarvan ook godsdienstvrijheid genieten. Ook in Europa zijn er voorbeelden van landen waarin een staatskerk is die bepaalde privileges geniet, zoals Engeland, Griekenland en Noorwegen.⁷ Een staatskerk wordt door het EHRM niet in strijd geacht met de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM⁸ mits de ongelijke behandeling van godsdiensten kan worden gelegitimeerd vanuit objectieve en redelijke gronden.⁹

De periode dat de Nederduitsch Gereformeerde Kerk, later Nederlandse Hervormde Kerk (NHK), de dominante kerk in Nederland was, kunnen we beschouwen als episode in de geschiedenis dat Nederland een milde vorm van staatsgodsdienst kende. Toch moet men hierbij aantekenen dat de NHK niet een echte staatskerk was. Wel werd de NHK publiekelijk bevoorrecht ten opzichte van andere godsdiensten, zoals het katholicisme, dat echter tot op zekere hoogte (denk aan de schuilkerken) wel getolereerd werd.¹⁰

4.2.2 *Het einde van de geestelijke en wereldlijke dominantie van de katholieke kerk*

In het tijdperk voor de reformatie en voordat Nederland zich uitriep tot republiek was het katholieke geloof de heersende godsdienst. Het territorium van het huidige Nederland maakte in wisselende gedaanten vanaf de vroege middeleeuwen tot de reformatie onderdeel uit van het *Corpus Christianum* en

5 EHRM 13 februari 2003, nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, AB 2003, 152 (*Refah Partisi v Turkije*), m.nt. M.J. Kanne.

6 EHRM 13 februari 2003, nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, AB 2003, 152 (*Refah Partisi v Turkije*), par. 98.

7 Broeksteeg 2014, p. 50.

8 ECRM 9 mei 1989, nr. 11581/85 (*Darby v Zweden*), par. 45.

9 EHRM 9 december 2010, nr. 7798/08, EHRC 2011/36 (*Savez Crkava 'Rijec Zivota' e.a. v Kroatië*), m.nt. Van Sasse van Ysselt.

10 De Bruijn 2004, p. 64.

zijn opvolger de *Respublica Christiana*. In deze grensoverschrijdende theocratie waren de wereldlijke en geestelijke macht niet van elkaar gescheiden. De kerk was oppermachtig en vrijheid van godsdienst was er niet.¹¹

Afgezien van het gedachtegoed van de reformatie¹² zijn er twee belangrijke veranderingen in het denken geweest die hebben bijgedragen aan het einde van de geestelijke en wereldlijke dominantie van de katholieke kerk in Europa.¹³ Ten eerste de opkomst van staatsabsolutistische theorieën waarbij religie geheel ondergeschikt werd gemaakt aan de macht van soeverein. Ten tweede de veranderende opvattingen op het terrein van wetenschap en mensbeeld waardoor het katholieke natuurrecht aan overtuigingskracht verloor.¹⁴ De staatsabsolutistische theorieën plaatsen de staat op een verheven positie en machtigen de staat om religieuze zaken aan zich te onderwerpen.¹⁵ De theorie is geïnspireerd door het beginsel *cuius regio, eius religio* ('wiens gebied, diens religie'), dat vanaf de Vrede van Augsburg (1555) tot aan de Franse revolutie (1789) geldingskracht had.¹⁶ Om de spanningen tussen katholieken en protestanten het hoofd te bieden ging de vorst zich de macht toe-eigenen om de religie te bepalen van diegene die zich op zijn grondgebied bevond. Het beginsel bood echter geen antwoord op de vraag waar de vorst de autoriteit vandaan haalde om de religie van zijn onderdanen te bepalen. De oplossing werd eind van de 16^e eeuw gevonden in de leer van het *droit divin*: de staat kan de vrede slechts bevorderen als hij zich niet langer bij een geloofsovertuiging aansluit maar zich boven de kerken stelt in naam van een eigen religieuze legitimiteit die hij ontleent aan een rechtstreekse band met God.¹⁷

Naast de invloed van de absolutistische staatstheorieën op de verhouding tussen recht en religie vindt er gelijktijdig ook een ontwikkeling plaats waarbij het natuurrecht zijn sacrale karakter verliest. Het katholieke natuurrecht, zoals door Thomas van Aquinas verdedigd, veronderstelde dat er in de natuurlijke orde een door God gegeven ideaal van rechtvaardigheid besloten ligt dat door de bestudering van de natuurlijke orde kan worden gekend. De katholieke kerk zag het als haar taak om dit natuurrecht voor de mensheid te ontsluiten. Daarbij ging zij uit van het principe dat het natuurrecht in overeenstemming was met de goddelijke openbaring van de Heilige Schrift, ook wel het openbaringsrecht genoemd. Vanuit dit perspectief was geloof in God en in de aanwezigheid van God in de realiteit volledig rationeel, dat wil zeg-

11 Van Eikema Hommes 1981, p. 51.

12 Zie over de invloed van de reformatie op de ontwikkeling van fundamentele rechten: Witte 2006.

13 Zie Taylor 2009, p. 587-591.

14 Teunissen 1996, p. 17.

15 Gauchet 2006, p. 53.

16 Van Boven 1967, p. 6.

17 Gauchet 2006, p. 52.

gen, dat een goddelijke openbaring op dezelfde wijze werd uitgelegd als een wetenschappelijke bevinding. Het vanaf de 16^e eeuw opkomende rationele wetenschapsideaal liet daarentegen het principe los dat er een verband bestaat tussen de werkelijkheid en de Heilige Schrift en omhelsde een mechanische kijk op de werkelijkheid waarin de werkelijkheid werd gevat als een gesloten keten van oorzaak en gevolg, van fysisch-causale relaties beheerst door algemeen geldige en onveranderlijke natuurwetten. Vanaf het moment dat de gelding van het natuurrecht wordt losgekoppeld van religieuze openbaringen zien we dat er in de geschiedenis een langzaam voortschrijdende ontwikkeling plaatsvindt waarbij het op niet-religieuze wijze verklaren van de werkelijkheid (maar daarentegen op basis van de ratio of de rede) geassocieerd wordt met neutraliteit, algemene geldigheid en openbaarheid. Er vindt als het ware een stoelendans plaats. De rol van godsdienst in het begrijpen van de werkelijkheid wordt vervangen door het rationele en redelijke ideaal van de wetenschap. Niet langer is godsdienst het algemene geldige en openbare medium waarmee de werkelijkheid kan worden verstaan maar het wetenschapsideaal. Godsdienst krijgt daardoor geleidelijk een privaat, particulier en irrationeel (of onredelijk) karakter.¹⁸

Behalve denkers die ten gevolge van het rationele wetenschapsideaal het idee van natuurrecht volledig verwierpen waren er ook denkers die het natuurrecht juist legitimeerden vanuit het wetenschapsideaal. Een dergelijk verlichte denker was Locke. Locke was ervan overtuigd dat zoals natuurwetenschappers natuurverschijnselen op basis van natuurwetten konden verklaren, rechtswetenschappers op basis van eeuwige en universele wetmatigheden van de menselijke natuur de geldigheid van het recht konden verklaren. Een van zijn bevindingen was dat ieder mens van nature beschikt over bepaalde natuurlijke vrijheden. Hieruit maakte hij op dat het geldende recht deze vrijheden moest beschermen. Dit principe vormde de basis voor het opnemen van de mensenrechten in de Amerikaanse en Franse verklaringen en de constituties van verschillende westerse staten.

4.3 LIBERAAL GEZINDTEPLURALISME

Het liberaal gezindtepluralisme is een ideaaltype dat uitgaat van religieuze pluriformiteit zolang het welbekende, traditionele uitingen en gedragingen van erkende institutionele stromingen betreft. Het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme is gebaseerd op de algemeen liberale uitgangspunten van individuele mensenrechten en de scheiding tussen het publieke en het private domein. Daarnaast neemt het een Lockeaanse interpretatie van neutraliteit

18 Dalferth, *Theology Today* 2000, p. 5-23.

en tolerantie als uitgangspunt. Hierna bespreek ik de genoemde uitgangspunten en de invloed die ze hebben (gehad) op de Nederlandse rechtsorde.

4.3.1 *Individuele rechten*

Binnen het perspectief van het liberale gezindtepluralisme is ieder individu vrij om zich aan te sluiten bij de gezindte van zijn keuze. Deze keuzevrijheid vloeit voort uit het liberale ideaal van zelfbeschikking.¹⁹ Burgers zijn daarin zelf verantwoordelijk voor het slagen van hun leven en zijn alleen verantwoording aan zichzelf verschuldigd. Vanwege het belang van zelfbeschikking hechten liberalen aan individuele (grond)rechten, waaronder de godsdienstvrijheid, die burgers primair als afweerrecht tegen de staat kunnen inroepen.

In de Nederlandse rechtsorde is de godsdienstvrijheid als individueel en collectief recht opgenomen in artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM. Op grond van deze rechten staat het eenieder vrij om zich op dit recht tegen overheden of andere burgers te beroepen. De formulering van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM vormt een erkenning van het liberale principe dat het individu ook in religieuze kwesties zelf mag bepalen hoe het zijn leven wil leiden. In het perspectief van het liberaal gezindtepluralisme heeft deze geloofsvrijheid slechts betrekking op de erkende institutionele religieuze stromingen. Binnen dat kader heeft elk individu of collectief vrijheid om godsdienst te beoefenen.

4.3.2 *Scheiding tussen publiek en privaat domein*

In het ideaaltypen van het liberale gezindtepluralisme gaat men uit van het liberale onderscheid tussen het publieke en private domein. Het gevolg van dit onderscheid is dat men in het laatste domein vrijer is dan in het eerste door het algemeen belang bepaalde domein. Zo stelt Locke:

‘In huiselijke aangelegenheden en private vermogens of waar het gaat om lichamelijke gezondheid heeft ieder het volledige recht om datgene te beslissen wat in zijn eigen belang is.’²⁰

Religie heeft in het liberale denken vooral een plaats in de privésfeer.²¹ Liberalen vinden dat overheidsbeleid, wetgeving en rechtspraak niet mogen zijn

19 Kymlicka 1999, p. 75.

20 Locke 2004 [1685], p. 45.

21 Dalferth, *Journal of the American Academy of Religion* 2010, p. 333.

ingegeven door godsdienstige overwegingen. Weliswaar mag men bij de vorming van overheidsbeleid, wetgeving en rechtspraak wel geïnspireerd raken door godsdienst, maar deze inspiratie moet altijd kunnen worden omgezet in een ‘redelijk’ discours. Met andere woorden, men moet religieuze argumenten altijd kunnen vertalen in redelijke, voor iedereen te aanvaarden argumenten.²²

Binnen het liberale perspectief kan het recht niet zoals in een theocratie gelegitimeerd worden vanuit godsdienst. Godsdienst wordt in het liberale denken echter niet geheel van het recht losgekoppeld. Liberalen plaatsen het belijden van godsdienst immers in het kader van de vrijheidsrechten. Het idee van deze vrijheidsrechten is dat ze een bepaalde afgegrensde ruimte waarborgen. Hieraan ligt een territoriaal perspectief op vrijheid ten grondslag dat teruggaat op Lockes *Two treatises of government* (1690). Locke legt burgerrechten uit in het licht van privébezit (eigendom).²³ Zoals men een stuk land bezit zo bezit men ook het recht op leven en het recht op (een bepaalde) vrijheid. Dit territoriale perspectief werkt nog steeds door in de liberale grondrechtstheorie. Men heeft in figuurlijke zin een afgebakende, voorspelbare sfeer als grondrechtsobject voor ogen, ten aanzien waarvan het mogelijk is, in zijn algemeenheid te voorzien welke situaties en handelingen daardoor bestreken kunnen worden.²⁴ Het gevolg van het territoriale perspectief op vrijheidsrechten is dat het de samenleving opdeelt in een privé en een publiek domein. Er wordt een schot geplaatst tussen het terrein waar de competentie van de staat groot is en een privé-domein waar de competentie van de staat klein is.

Het uitgangspunt van het onderscheid tussen het private en publieke domein vinden we in de Nederlandse rechtsorde terug in de formulering van artikel 6 Grondwet. Hoewel aan het onderscheid tussen het belijden van godsdienst binnen gebouwen en besloten plaatsen (onderdeel van lid 1) en het belijden buiten gebouwen en besloten plaatsen (lid 2) wellicht ook andere overwegingen ten grondslag hebben gelegen²⁵ is dit onderscheid te kenmerken als het liberale onderscheid tussen een privé-domein en een publiek domein waarbij voor het laatste domein geldt dat daar eenvoudiger beperkingen aan de godsdienstvrijheid kunnen worden opgelegd. Het gevolg is een zekere (minimale) objectivering van de betekenis van godsdienst: bepaalde godsdien-

22 Kymlicka 2002, p. 289.

23 Locke, *Two treatises of government*, Second Treatise, par. 123, laatste zin: Locke gebruikt ‘property’ als verzamelnaam voor ‘lives, liberties and estates’.

24 Vermeulen 1995, p. 30.

25 Het onderscheid komt mogelijk voort uit openbare orde-overwegingen teneinde de spanningen tussen protestanten en katholieken in toom te houden. Katholieke processies (uitoefening van godsdienst buiten gebouwen en besloten plaatsen) zouden om die reden aan banden gelegd moeten kunnen worden.

stige uitingen en gedraging (buiten gebouwen en besloten plaatsen) bekleden een tweederangs positie. Het betreft wel de uitoefening van godsdienst alleen dan, gezien vanuit het perspectief van de rechtsorde, minder belangrijke godsdienst.

Ten slotte kunnen we ook de sporadisch in de jurisprudentie gebruikte ‘kernrechtbenadering’ duiden vanuit een liberaal perspectief. De kernrechtbenadering is ontwikkeld in de Duitse jurisprudentie²⁶ en gaat er simpel gezegd vanuit dat er verschillende maten van grondrechtelijke bescherming zijn onder verschillende omstandigheden. De grondwettelijke bescherming is het sterkst indien beperkingen betrekking hebben op de meest private sfeer van het individu en wordt in allerlei gradaties minder naar mate de vrijheid betrekking heeft op het publieke domein.²⁷ Dit kan bijvoorbeeld impliceren dat bidden een belangrijkere godsdienstige gedraging is dan het selecteren van leermiddelen door een bijzondere school, of dat het bijwonen van de ‘eredienst’ in een moskee belangrijker is dan het dragen van een hoofddoek.²⁸ Ook het door het EHRM gehanteerde onderscheid tussen een *forum internum* en een *forum externum* van de godsdienstvrijheid zou men kunnen begrijpen in het licht van de kernrechtbenadering.²⁹

4.3.3 Neutraliteit

Een belangrijk liberaal ideaal is dat de staat geen standpunt inneemt ten aanzien van de intrinsieke waarde van verschillende opvattingen over het goede leven, bijvoorbeeld door te stellen of te laten blijken dat hij protestantse overtuigingen overtuigender vindt dan katholieke. De reden dat de staat zich

26 Alexy stelt dat deze benadering voor het eerst naar voren komt in het *Elfes*-arrest van 1957, BVerfGE 6, 32 (41).

27 Alexy 2010, p. 237, 239.

28 Naast de invloed op de kwalificatie van het fenomeen godsdienst heeft het liberale uitgangspunt van een scheiding tussen een publiek en een privaat domein ook invloed gehad op de vrijheidssfeer van de godsdienstvrijheid (zie 2.2.9-2.2.10) geresulteerd in de context-benadering. Kennelijk, zo hebben we eerder geconcludeerd, gaat de grondwetgever ervan uit dat de godsdienstvrijheid niet geldt binnen de *vrijheidssfeer* van de ander, bijvoorbeeld in andermans huis, particuliere bedrijven etc. Voor de grondwetgever zijn dat geen uitingen en gedragingen die worden beschermd door art. 6 Gw.

29 C. Evans stelt dat noch het EHRM noch de Commissie in de jurisprudentie heeft uitgelegd wat het onderscheid tussen het *forum internum* en *forum externum* precies inhoudt. Beide zouden echter meerdere malen stellen dat ‘Article 9 primarily protects the sphere of personal beliefs and religious creeds, i.e. the area which is sometimes called the *forum internum*’. Ze verwijst daarvoor naar de volgende uitspraken: EHRM 15 december 1983, nr. 10358/83 (*C. v the UK*); EHRM 18 december 1996, nr. 74/1995/580/666 (*Valsamis v Greece*). Zie C. Evans 2001, p. 72.

neutraal opstelt is dat niet kan worden bewezen of godsdienstige of levensbeschouwelijke waarheden ‘waar’ zijn. Daarom wordt binnen het liberale perspectief geen definitie gegeven van wat godsdienst of levensbeschouwing is.³⁰

Het liberale concept van neutraliteit komt in de Nederlandse rechtsorde terug in het beginsel van scheiding tussen kerk en staat en het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid. De scheiding tussen kerk en staat veronderstelt dat de staat geen standpunten inneemt over het ‘goede leven’. Om die reden kunnen we stellen dat het liberale begrip van godsdienst een *onbepaald begrip* is. De staat mag geen partij kiezen. Dit veronderstelt dat de staat geen waardeoordeel mag hebben over de inhoud van een geloofsovertuiging en ook niet over het belijden en het tot uitdrukking brengen van de overtuiging.³¹ De taakomschrijving van de staat die het EHRM geeft in de *Refah Partisi*-zaak (en later meermaals herhaald³²) kunnen we begrijpen als een afgeleide van het liberale concept van neutraliteit. Het stelt dat voor de staat de rol is weggelegd van een neutrale en onpartijdige ‘organisator’ ten aanzien van de uitoefening van de verschillende godsdiensten en levensovertuigingen. De staat dient daarbij de openbare orde te bewaken en religieuze harmonie en tolerantie in een democratische samenleving na te streven.³³ Dit kan de staat volgens het EHRM onder andere bewerkstelligen door ervoor te zorgen dat er een zekere graad van wederzijds respect is tussen groepen die met elkaar wedijveren en door te garanderen dat in het publieke domein verschillende ideeën en opinies naar voren kunnen komen.³⁴

Een kenmerk van het liberaal gezindtepluralisme is dat het neutraliteit op een Lockeaanse wijze verstaat. Locke vindt dat wetten non-discriminatoir moeten zijn ten aanzien van religieuze gebruiken, dat wil zeggen dat dezelfde wetten ten aanzien van religieuze activiteiten op iedereen van toepassing dienen te zijn, ongeacht diens godsdienst.³⁵ Locke geeft als voorbeeld van een discriminatoire wet, de Engelse wet uit het verleden die het illegaal maakte om Latijn te spreken in de kerk, maar mensen wel toestond om Latijn te

30 Soeteman, *Pedagogiek* 2008-1, p. 30-31.

31 EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan en Chaush v Bulgarije*), EHRC 2000/90, m.nt. Gerards, par. 78.

32 EHRM 10 november 2005 (GK), nr. 44774/98 (*Leyla Şahin v Turkije*), par. 107; EHRM 4 december 2008, nr. 27058/05 (*Dogru v Frankrijk*), par. 62; EHRM 15 juni 2010, nr. 7710/02 (*Grzelak v Polen*), par. 86 en EHRM 7 juli 2011 (GK), nr. 23459/03, (*Bayatyan v Armenië*), par. 120.

33 EHRM 13 februari 2003, nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, AB 2003, 152 (*Refah Partisi v Turkije*), par. 91. Zie ook *Kamerstukken II* 2003/2004, 29614, nr. 2 (Kabinetsnota ‘Grondrechten in een pluriforme samenleving’), p. 8.

34 M.D. Evans 2012, p. 77.

35 Nussbaum 2013, p. 90.

spreeken op school. Het was volgens Locke duidelijk dat een dergelijke wet de onderdrukking van rooms-katholieken als oogmerk had.³⁶

Een ander voorbeeld van een discriminatoire wet is volgens Locke de wet die het illegaal maakte om mensen onder te dompelen in water tijdens de doop, maar die mensen wel toestond om zich onder te dompelen in water omwille van hun gezondheid of recreatie. Een dergelijke wet zou volgens Locke gericht zijn op de vervolging van baptisten. Locke stelt:

‘En laat het iedereen, tot welke kerk hij ook behoort, vrij zijn om alles waar-toe men in het dagelijks leven krachtens de wet de vrijheid heeft, ook in de heilige eredienst te verrichten.’³⁷

Omgekeerd is Locke echter ook van mening dat een wet die niet gericht is op het vervolgen of reguleren van godsdienst of de wijze waarop religieuze activiteiten plaatsvinden, oftewel een neutrale wet, gehandhaafd kan blijven ook indien hierdoor gelovigen van een bepaalde stroming zouden worden bevoordeeld of benadeeld. Een dergelijke wet kan gehandhaafd blijven omdat hij niet gericht is op de achterstelling van een bepaald geloof maar een neutraal karakter draagt. Locke stelt:

‘Want het private oordeel over een wet die gemaakt is met het oog op het algemeen belang of op politieke aangelegenheden, neemt haar verplichtende karakter niet weg en wettigt geen aanspraak op tolerantie.’³⁸

Volgens Locke kunnen mensen als ze vinden dat hun geweten hun niet toestaat om een bepaalde wet te gehoorzamen het beste hun geweten volgen. Ze zullen volgens Locke dan echter wel de wettelijke gevolgen hiervan moeten dragen.³⁹ Locke geeft als voorbeeld het zich op religieuze gronden onttrekken aan de wettelijke plicht van militaire dienst of het niet willen werken op bepaalde dagen vanwege religieuze gronden.⁴⁰

De positie van Locke komt erop neer dat hij niet erkent dat de godsdienstvrijheid aan de orde is wanneer een beperking hierop geregeld wordt door een wet met een neutraal doel. Wanneer de rechter in een concrete ca-

36 Locke 2002, p. 130.

37 Locke 2002, p. 133.

38 Locke 2004, p. 61.

39 Er zijn uiteraard gematigde varianten van het liberalisme die meer ruimte bieden voor erkenning van religieuze en culturele diversiteit. Walzer maakt in dit verband onderscheid tussen wat hij noemt Liberalisme I en Liberalisme II. Liberalisme I (het Locke-aanse Liberalisme) staat vijandig tegenover het tolereren van verschillen, liberalisme II is wel bereid om het belang van gelijke behandeling af te wegen tegen het belang van erkenning. Zie Taylor 1995, p. 77 en ‘Commentaar’ hierop door Walzer op p. 121.

40 Locke 2002, p. 142.

sus van deze positie uitgaat kan dit twee mogelijke benaderingen impliceren. Ten eerste kan het zijn dat hij wel vindt dat de aangelegenheid godsdienstig is maar dat de wet een neutraal doel dient en dat om die reden het rechtssubject niet de *vrijheid* heeft om zijn godsdienst uit te oefenen. Hij legt dan als het ware een beperking op zonder daarbij terug te grijpen op het wettelijke beperkingsregime. Deze benadering past in het kader van artikel 6 Grondwet in de eerder beschreven leer van de redelijke uitleg van grondrechten (2.2.9) en in het kader van artikel 9 EVRM in de (inmiddels verlaten) EHRM jurisprudentielijn die erop neerkomt dat de godsdienstvrijheid niet aan de orde is wanneer het rechtssubject de mogelijkheid heeft om een beperking te voorkomen (2.2.10).⁴¹ Ten tweede kan de positie van Locke impliceren dat de rechter in een concrete casus ervan uit gaat dat de aangelegenheid niet als godsdienstig kan worden gekwalificeerd omdat deze aangelegenheid geregeld wordt door een neutrale wet. De redenering is dan dat een beperking in de vorm van een neutrale wet per definitie betrekking heeft op neutrale onderwerpen. Met andere woorden, de vermeende godsdienstige uiting of gedraging kan niet als zodanig worden gekwalificeerd omdat het een neutraal onderwerp betreft. Locke heeft het in dit kader over aangelegenheden die ‘indifferent’ zijn, dat wil zeggen onverschillig of neutraal. Volgens Locke kunnen indifferente aangelegenheden slechts worden gezien als godsdienstig indien daarvoor een onbetwifelbaar mandaat is. Hij stelt:

‘Aangelegenheden die vanuit hun natuur indifferent zijn, kunnen door geen enkele menselijke autoriteit of menselijke wil tot deel van een heilige eredienst worden gemaakt en wel omdat ze indifferent zijn. Want juist omdat indifferente aangelegenheden door geen enkele eigenschap geschikt zijn om de goddelijke macht gunstig te stellen, is geen enkele menselijke autoriteit in staat om hen de waardigheid en verhevenheid te verlenen die hun verdienstelijk zou maken tegenover God.’

En:

‘Indifferente aangelegenheden zijn bij de verering van God slechts dan toegestaan wanneer ze door God ingesteld zijn, die ze door een onbetwifelbaar mandaat de waardigheid verleend heeft om deel uit te maken van de eredienst die het de majesteit van de hoogste goddelijke macht verwaardigt om ons arme zondaars te ontvangen.’⁴²

41 Bijvoorbeeld wanneer een werknemer vanwege godsdienstige redenen niet op zondag wil werken. De redenering is dan dat hij vrij is om ergens anders te gaan werken waar hij niet op zondag wordt ingeroosterd.

42 Locke 2004, p. 56.

De consequentie van Lockes zienswijze is dat alledaagse uitingen en gedragingen, zoals het drinken van wijn en eten van brood tijdens de eredienst slechts dan een godsdienstige uiting of gedraging zijn wanneer duidelijk is dat deze uitingen en gedragingen een 'onbetwifelbaar mandaat' hebben. Voor het drinken van wijn en eten van brood is dat dan het geval omdat volgens het heilige boek van de christenen Jezus deze gedraging zelf als sacrament zou hebben ingesteld. De vraag waarop Locke geen antwoord geeft, is wanneer men weet dat een uiting of gedraging een onbetwifelbaar mandaat heeft. In feite zien we dit probleem ook terug in de hedendaagse jurisprudentie waar men worstelt met de vraag wanneer een uiting of gedraging een 'directe uitdrukking' is van godsdienst.

De tweede benadering van de rechter, die erop neerkomt dat uitingen en gedragingen niet als godsdienstig kunnen worden gekwalificeerd omdat ze worden gereguleerd door een neutrale wet en daarom 'indifferent' zijn, is voor het onderwerp van dit proefschrift van belang aangezien hier het begrip van godsdienst aan de orde is. Wanneer ik in het vervolg van dit proefschrift – in het kader van neutraliteit – spreek over een benadering die past bij het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme, dan doel ik op deze tweede benadering.

We kunnen stellen dat het Lockeaanse perspectief op neutraliteit terugkomt in het in de nationale en EHRM-jurisprudentie ontwikkelde – en tot voor kort onbetwiste – uitgangspunt dat alleen uitingen en gedragingen die een *directe uitdrukking* zijn van godsdienst of levensbeschouwing vallen onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet.⁴³ Alledaagse (Locke bezigt dus de term 'indifferent') en atypische uitingen of gedragingen die worden gereguleerd door 'neutrale' wetten worden dan niet erkend als uiting of gedraging van godsdienst of levensovertuiging. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak over de antroposofische huisarts, waarin een huisarts weigerde deel te nemen aan een pensioensregeling. De ARRVs overwoog dat de pensioensregeling moet worden beschouwd als een neutrale wet en dat de weigering om hieraan deel te nemen niet kan worden gekwalificeerd als directe uitdrukking van godsdienst.⁴⁴

43 Zie 2.2.5.

44 Naast de invloed op de kwalificatie van het fenomeen godsdienst heeft het liberale uitgangspunt van neutraliteit ook grote invloed gehad op de reikwijdte van de vrijheidssfeer (zie hierover 2.2.9-2.2.10). Met betrekking tot art. 6 Grondwet is de leer van de redelijke uitleg van grondrechten hiervan een uitvloeisel. Met betrekking tot art. 9 EVRM is de in de jurisprudentie ontwikkelde leer dat een rechtssubject niet beschermd wordt in zijn uitingen of gedragingen indien deze het gevolg zijn van zijn eigen keuze, hiervan een uitvloeisel.

4.3.4 Tolerantie

Het liberaal gezindtepluralisme gaat ook uit van een Lockeaanse interpretatie van tolerantie. Liberalen staan uitzonderingen toe op algemeen geldende regels indien die worden ingegeven door religieuze overwegingen. Deze tolerantie is in de visie van Locke echter niet voor elke religieuze overtuiging weggelegd. Wanneer Locke in zijn *A letter concerning toleration* spreekt over tolerantie, dan heeft dit vrijwel altijd betrekking op individuen die behoren tot een bepaalde kerk. Zo stelt hij onder meer:

‘Iedereen weet en erkent dat God in het openbaar gediend moet worden. Voor de mens die zo in zijn vrijheid bepaald is, is het nodig om toe te treden tot een kerkelijke vereniging zodat hij met anderen kan samenkomen, niet alleen met het oog op wederzijdse versterking en onderbouwing, maar ook om er publiekelijk van te getuigen dat men God aanbidt, dat men zich aan de goddelijke macht toewijdt door een eredienst waarvoor men zich niet schaamt en waarvan men gelooft dat zij God waardig is en Hem de benodigde dankbaarheid betuigt. Verder is dit ook nodig om anderen door een zuiverheid van de leer, door gezonde zeden en door een gepast karakter van de rituelen, te winnen voor de liefde tot het geloof en tot de waarheid, om die dingen te doen die door een particuliere private persoon niet gedaan kunnen worden. De overheid moet deze kerken tolereren.’⁴⁵

Locke spreekt nergens over de bescherming van het individuele geweten los van een bepaald institutioneel religieus collectief. Tolerantie lijkt in de opinie van Locke dus vooral betrekking te hebben op het collectief in de vorm van publieke erkende vereniging. Locke-‘kenner’ Israel stelt:

‘(...) because his toleration [die van Locke, JV] is essentially what one scholar has called a “privilege” and “immunity” exempting religious dissenters from the church otherwise prescribed and generally obligatory for the whole people – the state church established by crown and Parliament – toleration can only formally and expressly be granted to categories of the population possessing an organized, publicly acknowledged and constituted form of worship for which immunity can be claimed, Protestant dissenters in the first instance but potentially at least also Catholics, Jews and Muslims. Persons subscribing to no recognized church or sect, by contrast, be they agnostics, sceptics, deists or “Indifferenti” while not specifically excluded are left in a vague limbo without any precise status or acknowledged freedom.’⁴⁶

45 Locke 2004, p. 54.

46 Israel 1999, p. 10.

Men zou kunnen zeggen dat Locke vasthoudt aan een bepaalde objectiviteit van godsdienst, in de zin dat hij onder godsdienst alleen de algemeen bekende traditionele en geïnstitutionaliseerde godsdiensten verstaat. De reden voor deze objectiviteit ligt vermoedelijk in het gegeven dat bij Locke tolerantie wordt ingegeven door natuurrechtelijke opvattingen (met een christelijke achtergrond).⁴⁷ Hij ging ervan uit dat het voor elk mens van het grootste belang was dat zijn onsterfelijke ziel gered werd. Locke had weinig op met denkbeelden die deze vooronderstelling niet erkennen. Hij vond dat voor mensen met deze denkbeelden de rechtvaardiging voor tolerantie kwam te ontvallen. Israel vat Lockes zienswijze als volgt samen:

‘Saving one’s soul has priority over everything else so that a wisely governed state will always accept that the dictates of the individual’s conscience and faith must be fully respected. But if a particular individual’s spiritual disposition is such that no organized form of religious dissent can be specified or acknowledged, it then becomes unclear what precisely the justification for toleration is.’

Terecht merkt Israel op dat voor veel mensen niet geldt dat het redden van hun ziel hun grootste zorg is.⁴⁸ Hebben deze mensen dan geen recht op tolerantie? Het is onduidelijk wat in de visie van Locke de vrijheid is van diegenen die behoorden tot niet erkende religies of sekten, zoals deïsten, agnosten, sceptici of onverschilligen.

We kunnen concluderen dat aan Lockes tolerantiebegrip een juridisch begrip van godsdienst ten grondslag lag dat een grens bereikt waar het gaat om mensen die niet bij een gevestigd kerkgenootschap zijn aangesloten en niet deelnemen aan welke eredienst dan ook, of wier denkbeelden fundamenteel verschillen van de gevestigde geloofsdogma’s.⁴⁹ Zijn juridische begrip van godsdienst lijkt niet van toepassing te zijn op individuele, excentrieke of singuliere geloofsuitingen. Het betreft enkel publiekelijk erkende, welomschreven, geïnstitutionaliseerde vormen van geloofsuitoefening.⁵⁰ Overi-

47 Het werk van Locke lijkt te impliceren dat de waarheid van de christelijke dogma’s kunnen worden bewezen en dat daarmee het christelijke geloof de rationele religie was. Een dergelijke opvatting komen we ook tegen bij Kant. Zie Kant 2004.

48 Israel 1999, p. 9.

49 Juffermans 2009, p. 5.

50 Overigens had Locke ook problemen met tolerantie voor katholieken en atheïsten. Hij had problemen met atheïsten omdat zij geen hogere macht boven zich accepteerden, waardoor ze geen eed (op een god) konden afleggen en daarom onbetrouwbaar waren. Ten aanzien van de katholieken was de godsdienst zelf niet het probleem. Het ging immers om een traditionele, institutionele, christelijke denominatie. Het probleem met katholieken had te maken met hun loyaliteit. Katholieken konden onmogelijk goede burgers zijn aangezien ze geacht werden te luisteren naar een religieuze autoriteit met

gens betwijfelt Locke het bestaan van mensen met een volledig singulier geloof:

‘Maar ik geloof niet dat iemand de waanzin zo ver zou durven drijven om zijn eigen bedenksels en zijn eigen interpretaties van de Heilige Schrift te verkopen als inspiraties van God, of dat iemand zo ver zou durven gaan om de geloofsartikelen die hij op zijn manier en volgens zijn eigen geest gevarieerd heeft gelijk te stellen met de autoriteit van de Heilige Geest.’⁵¹

Dat Lockes juridische begrip van godsdienst slechts uitging van publiekelijk erkende, welomschreven, geïnstitutionaliseerde vormen van geloofsuitoefening kunnen we verklaren vanuit de tijdsgeest. Taylor beschrijft dat tussen de 16^e en 19^e eeuw een verandering plaatsvindt in de wijze waarop in de westerse samenlevingen door de meerderheid van de mensen godsdienst wordt uitgelegd. Er zou sprake zijn van een overgang van een theocratische samenleving waar kerk en staat met elkaar zijn verweven en waarin men geloofde in een natuurlijke hiërarchische orde die door God was goedgekeurd, naar een samenleving waarin de gezindtecultuur dominant wordt. We kunnen deze gezindten omschrijven als gevestigde religieuze stromingen. Kenmerk van deze gezindtecultuur is volgens Taylor dat men omdat de eigen kerk niet alle gelovigen omvat, beseft tot een ruimer, minder gestructureerd geheel te horen dat dit wel doet. Met andere woorden, de gezindten zien de verschillen met andere groepen niet als een kwestie van buigen of barsten maar ze tolereren elkaar omdat ze erkennen dat ze ‘one nation under God’ zijn, in de zin dat ze handelen volgens Gods wil door hun staat op te bouwen en in stand te houden. Uiteraard verwijst Taylor hier naar de Verenigde Staten maar hij stelt dat dit mechanisme ook heeft gewerkt in andere westerse samenlevingen.⁵²

In het verleden is ook in Nederland de invloed van het Lockeaanse perspectief op tolerantie en het daarbij behorende godsdienstbegrip sterk geweest. Een duidelijk kenmerk hiervan is de Grondwet van 1815 waarin artikel 191 was opgenomen. In deze bepaling stond ‘Aan alle godsdienstige gezindheden in het Koninkrijk bestaande, wordt gelijke bescherming verleend.’ Deze bepaling gaat dus uit van de reeds in het koninkrijk gevestigde godsdiensten. Voor nieuwe of atypische godsdiensten was geen plaats. Op grond van deze bepaling trad koning Willem I op tegen één van de eerste calvinistische kerkplitsingen⁵³ in Nederland, namelijk de Afscheiding uit 1834. Om-

wereldse aspiraties. Het katholicisme van die dagen stond immers niet alleen een religieuze eenheid voor, maar ook een staatkundige. Israel 1999, p. 10.

51 Locke 2004, p. 54.

52 Taylor 2009, p. 41.

53 De remonstranten scheidden zich al af van de hoofdstroom in 1619.

dat de 'afgescheidenen' niet door de overheid als kerkgenootschap werden erkend liet Willem I ze vervolgen.

Het Lockeaanse perspectief op tolerantie zien we in de huidige Nederlandse rechtsorde in het kader van het grondrecht van de godsdienstvrijheid tot op zekere hoogte terug in de jurisprudentie van het EHRM waarin de eis gesteld wordt dat een godsdienst of levensovertuiging moet worden gekenmerkt door 'een zekere graad van overreding, ernst, cohesie en belangrijkheid'.⁵⁴ Met vage opinies of ideeën neemt men geen genoegen. Er moet sprake zijn van een identificeerbare religie of overtuiging. Het EHRM beschrijft zaken die een directe expressie zijn van godsdienst of levensovertuiging als '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form'.⁵⁵ Traditionele uitingen of gedragingen worden op grond van deze overwegingen, omdat ze immers algemeen aanvaard zijn, makkelijker als godsdienstig gekwalificeerd dan overige uitingen en gedragingen.

4.4 SECULARISME

4.4.1 *Seculier recht*

Locke legitimeerde het bestaan van de mensenrechten nadrukkelijk vanuit het natuurrecht.

In de 17^e en 18^e eeuw verdwijnt langzamerhand de idee van natuurrecht als geldend recht naast of als grondslag van het positieve recht. In plaats daarvan raakt de leer van het rechtspositivisme in trek. Deze leer beschouwt de inhoud van het positieve recht als volstrekt variabel en willekeurig, en afhankelijk van de heersende politieke en ethische opvattingen.⁵⁶ In de benadering van het rechtspositivisme berust het positieve recht niet meer op het onveranderlijke natuurlijke of goddelijke recht, maar op aan verandering onderhevige constituties en wetten.⁵⁷ Voor het idee van godsdienstvrijheid als mensenrecht betekent het verlies van het natuurrechtelijke karakter het verlies van een eigensoortige legitimatie. Het recht op de vrijheid van godsdienst kan niet meer worden gelegitimeerd in het goddelijke recht of in een natuurrecht. Dit rechtspositivistische uitgangspunt straalt ook af op het be-

54 Ten aanzien van levensovertuiging: EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v UK*), par. 36. Ten aanzien van godsdienst: EHRM 15 januari 2013, EHRC 2013/67 (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82.

55 EHRM 2 oktober 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1002DEC004985399 (*Pichon en Sajous v Frankrijk*), p. 4; EHRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*).

56 Van Eikema Hommes 1981, p. 177.

57 Luhmann 2004, p. 77.

grip omtrent het rechtsobject van de vrijheid van godsdienst: de godsdienst. Het bepaalt hoe godsdienst binnen het recht wordt begrepen. Godsdienst is niet meer zoals ten tijde van het natuurrecht een fenomeen dat vanzelfsprekend behoort tot de door iedereen aanvaarde natuurlijke wereldordering maar wordt gepercipieerd als iets dat even relatief is als andere maatschappelijke (levens)overtuigingen en ideologieën. De rechtspositivistische benadering van de vrijheid van godsdienst kan men duiden als verdere secularisering van het juridische godsdienstbegrip. Waar Locke godsdienst nog begreep in het licht van een natuurlijke ingeboren behoefte van de mens, bestaat de legitimatie voor de godsdienstvrijheid vanuit een rechtspositivistische benadering enkel nog uit het feit dat de meerderheid in een democratie deze vrijheid onderschrijft. Godsdienst is in deze benadering als inhoud van rechten net zo relatief als de inhoud van overige rechten.

4.4.2 *Seculiere staat*

De stap van een rechtspositivistische benadering van de godsdienstvrijheid naar een seculier staatsmodel is groot. Degenen die streven naar een seculier staatsmodel willen niet alleen de geldigheid van het recht op seculiere wijze begrijpen maar willen voorkomen dat religie invloed uitoefent op het publieke domein. In het seculiere model is het onderscheid tussen het publieke domein en het private domein nog sterker dan in het model van liberaal gezindtepluralisme. Dit is het gevolg van een ontwikkeling die ingezet is vanaf de intrede van het wetenschapsideaal in de vroege verlichting en die ertoe geleidt heeft dat rationaliteit en redelijkheid worden vereenzelvigd met het publieke domein en religie met het private domein en daarbij geldt als irrationeel of onredelijk.⁵⁸ Vanwege het vermeende irrationele of onredelijke karakter van godsdienst willen seculariseren niet dat het publieke domein getekend wordt door religieuze uitingen of gedragingen. Men wil voorkomen dat religieuze ‘zelfbeschrijvingen’, zoals God, een plaats hebben binnen het publieke domein, bijvoorbeeld in het recht. Ook wil men niet dat het recht godsdiensten voortrekt of achterstelt. In dit perspectief is elke verstrengeling van godsdienst met de staat uitgesloten. Een religieuze eed, een ambtsgebed, een religieuze aanhef van een wet et cetera zijn binnen deze benadering taboe, evenals subsidiëring van openbare religieuze scholen, religieuze goededoelen-organisaties et cetera. Overheidsinstellingen en openbare scholen moeten een neutraal karakter dragen. Dit karakter is niet te verenigen met religieuze uitingen of gedragingen. Overheidsfunctionarissen, docenten of leerlingen mogen dan bijvoorbeeld hun godsdienst niet uitdragen door het dragen van hoofddoeken, keppeltjes of kettingen met kruisjes.

⁵⁸ Dalferth 2000, p. 8.

De wijze waarop men binnen een seculiere staat het begrip godsdienst uitlegt kan variëren. Het kan zijn dat men een subjectivering aanvaardt, en daarmee als standpunt inneemt dat de betekenis van godsdienst afhankelijk is van de opvattingen van het subject. Het kan ook zijn dat men een meer objectief begrip van godsdienst hanteert en alleen bepaalde godsdiensten erkent die zijn gebaseerd op objectieve criteria. Wanneer een seculiere staat een subjectief begrip van godsdienst omarmt zullen ze de beperkingsclausule van de godsdienstvrijheid strikt uitleggen om zo het publieke domein te beschermen tegen godsdienstige invloeden. Indien ze een objectivering van godsdienst voorstaan, kunnen ze de uitoefening van godsdienst in de samenleving op twee manieren reguleren. Ten eerste door middel van een strikte toepassing van de beperkingsclausule van de godsdienstvrijheid, ten tweede door alleen bepaalde godsdiensten te erkennen die geen gevaar vormen voor het seculiere publieke domein. Bij de laatste manier kunnen we denken aan het pleidooi van Cliteur om alleen godsdiensten als zodanig te kwalificeren die voldoen aan bepaalde voorwaarden (bijv. dat ze niet gewelddadig zijn, geen dierenleed veroorzaken et cetera).⁵⁹

Waarschijnlijk is dat het verschil tussen een staat waarin het liberaal gezindtepluralisme wordt nageleefd en een seculiere staat vooral zit in de toepassing van het beperkingsregime. Staten met een seculier staatsmodel zullen de vrijheid om een godsdienst te belijden aan een veel strenger beperkingsregime onderwerpen dan staten waarin het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme wordt gevolgd. Ze zullen veel sterker het seculiere publieke domein willen beschermen tegen godsdienstige invloeden. Concreet betekent dit dat ze bijvoorbeeld wel erkennen dat het dragen van een hoofddoek op een openbare school een religieuze uiting is, maar zullen ze deze uiting verbieden om zo het openbare (seculiere) karakter van de school te beschermen.

In de praktijk treffen we verschillende varianten van staten met een seculier perspectief op godsdienst. Gematigde voorbeelden zijn Frankrijk (*laïcité*) en Turkije.⁶⁰ In deze landen wordt godsdienst zo veel mogelijk uit het publieke domein geweerd, maar wordt godsdienst wel als object van de vrijheid van godsdienst of andere rechten met een religieus object door de staat beschermd. De staat probeert godsdienst buiten de sfeer van de overheden en het onderwijs te houden. In deze landen heerst geen antireligieus klimaat maar wel een publiekelijk areligieus klimaat. Het EHRM hanteert in religieuze zaken vanwege de uiteenlopende geschiedenis van de lidstaten inzake de verhouding tussen kerk en staat een 'margin of appreciation' ten aanzien van de toepassing van de beperkingsclausule. Een gematigd seculier staats-

59 Cliteur, *NJB* 2012/2531, p. 6.

60 Sinds in 2002 de conservatieve en islamitische AK-partij aan de macht is gekomen, staat het seculiere karakter van Turkije onder druk.

model wordt op die manier niet in strijd geacht met het neutraliteitsbeginsel zoals dat wordt toegeschreven aan artikel 9 EVRM. Zo mogen scholen binnen seculiere staten een hoofddoekverbod invoeren op grond van een strikte interpretatie van neutraliteit (van de openbare orde).⁶¹ In de literatuur en de standaardarresten zijn geen aanwijzingen te vinden dat het seculiere perspectief binnen de Nederlandse rechtsorde veel invloed heeft uitgeoefend. Wel kan dit perspectief de laatste jaren rekenen op een groeiende belangstelling.⁶² Uit de positiefrechtelijke analyse moet blijken of het seculiere perspectief toch ook invloed heeft gehad op het juridische begrip van godsdienst.

Het atheïstische perspectief kan men zien als een geradicaliseerde versie van het seculiere perspectief en gaat uit van de opvatting dat godsdienst als zodanig geen bescherming verdient en dat godsdienst in zijn geheel geen rol mag spelen in, of zelfs moet worden uitgebannen uit, het recht en in het publieke domein. Indien men deze opvatting huldigt is men antireligieus. Men begrijpt godsdienst als iets dat de mens, gemeenschap of de staat kan schaden. De vrijheid van godsdienst en alle andere wettelijke rechten met een religieus object moeten op grond van deze opvatting worden geschrapt en religieuze uitingen en gedragingen mogen ook niet door andere rechten worden beschermd. Binnen een atheïstische staat is atheïsme de officiële staatsdoctrine die scholen en andere organisaties dienen uit te dragen. Overigens kan men het atheïstische perspectief beschouwen als een model vergelijkbaar met een theocratie. Het gaat dan echter niet om een godsdienst die van grote invloed is op het maatschappelijk leven en de wijze waarop de staat is ingericht maar om een ideologie of levensbeschouwing. Bij staten die een atheïstisch perspectief huldigen kunnen we denken aan Noord-Korea en de voormalige communistische Oostbloklanden.⁶³

4.5 COMMUNAUTARISME

4.5.1 *Collectief begrip van godsdienst*

Vanuit communautaristische hoek⁶⁴ heeft men kritiek geuit op het individualistische mens- en wereldbeeld dat ten grondslag ligt aan liberale stromingen in het denken. Het liberale perspectief miskent volgens de communautaristen dat de mens een relationeel wezen is. De mens zou niet zozeer een autonoom

61 Zie bijvoorbeeld EHRM 29 juni 2004, AB 2004, 338 (*Leyla Sahin*), m.nt. B.P. Vermeulen.

62 Zie: De Beer 2008; De Winter 1983; De Winter, *NJB* 1996, p. 1-8; Leiter 2008; Wijnberg 2010.

63 Broeksteeg 2014, p. 50, 51.

64 Enkele vertegenwoordigers van deze stroming zijn Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Micheal Sandel, Charles Taylor en Amitai Etzioni.

individueel zijn maar is veeleer ingebed in een sociale context die stichtend is voor zijn identiteit als individu. Met andere woorden, het bestaan van hechte gemeenschappen is een belangrijke impuls voor de vorming van de identiteit van het individu. In de visie van het communautarisme zou de overheid niet alleen moeten voorzien in een gelijke verdeling van de basisvoorwaarden voor persoonlijke autonomie, maar zou zij ook actief moeten helpen de gemeenschappelijke voorwaarden voor een waardevolle invulling van persoonlijke autonomie in stand te houden.⁶⁵

Communautaristen hebben een ander begrip van religieuze tolerantie dan de aanhangers van het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme. De liberale religieuze tolerantie heeft geresulteerd in het idee van de individuele vrijheid van godsdienst en levensovertuiging zoals dit als mensenrecht is opgenomen in verschillende westerse constituties. De godsdienstvrijheid kan echter ook vanuit een communautaristisch perspectief worden ingevuld. Deze is dan gebaseerd op het idee dat iedere religieuze groep vrij zou moeten zijn om zijn eigen gemeenschap te organiseren, zelfs als dit in sommige opzichten tegen de liberale beginselen van vrijheid en gelijkheid ingaat. Religieuze tolerantie komt dan in feite neer op het bieden van ruimte voor een zekere mate van zelfregulering. Religieuze gemeenschappen hebben in dit perspectief binnen een overkoepelende staat eigen bevoegdheden tot het maken van wetgeving, bestuur en rechtspraak. Ook hebben ze hun eigen kerken, scholen, vakbonden, verenigingen, etc. Communautaristen hanteren per definitie een collectieve uitleg van de godsdienstvrijheid. Godsdienst is iets dat tot uiting komt in en binnen de gemeenschap.⁶⁶

Indien we het verschil tussen het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme en het communautaristisch ideaaltype concentreren op de vraag naar de juridische betekenis van godsdienst, kunnen we stellen dat aan deze idealen een ander juridisch begrip van godsdienst ten grondslag ligt. Binnen een communautaristisch perspectief wordt aan collectieven een grotere mate van autonomie toegekend dan in het perspectief van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Deze autonomie vertaalt zich onder andere in de bevoegdheid van religieuze collectieven om zelf regels te stellen en recht te spreken over religieuze kwesties. Binnen het perspectief van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme bepaalt de staat de mate van religieuze verdraagzaamheid voor alle rechtssubjecten. Religieuze collectieven hebben wel een bepaalde mate van verenigingsvrijheid maar die gaat niet verder dan die van seculiere collectieven. Doordat binnen het communautaristisch perspectief religieuze collectieven een bepaalde autonomie krijgen toegekend wordt ook de vraag wat telt als godsdienst (het begrip godsdienst) ten dele of helemaal door de religieuze collectieven zelf beantwoord. Binnen een com-

65 Kymlicka 2002, p. 220.

66 Kymlicka 2002, p. 230.

munautaristisch perspectief zal men een subjectiverende uitleg van de wettelijk term godsdienst hanteren die uitgaat van een collectief of kring. Het subject is het collectief of de kring. Een bepaald collectief heeft de vrijheid om zichzelf te definiëren. Deze definitie is vervolgens bindend voor de individuen die behoren tot dat collectief.

4.5.2 *Millet-systeem*

Het Ottomaanse *millet*-systeem zou men kunnen zien als een extreem voorbeeld van een communautaristisch perspectief. In het Ottomaanse rijk vormden moslims, christenen en joden zelf-organiserende gemeenschappen en werd hen toegestaan om religieuze wetten voor de eigen aanhang te creëren en op basis daarvan recht te spreken. Daarbij gold wel dat de moslims de dominante meerderheid vormden en dat de christenen en joden werden gezien als tweederangsburgers die zich op veel terreinen moesten onderschikken naar de (moslim)meerderheid. Desondanks kan men stellen dat binnen het *millet*-systeem sprake was van een zekere religieuze verdraagzaamheid tussen de verschillende religieuze groepen.⁶⁷ Het was echter geen liberale verdraagzaamheid, aangezien de persoonlijke religieuze vrijheid niet werd erkend. Liberale tolerantie beschermt de vrijheid van individuen om het oneens te zijn met de groep waarin ze verkeren. Zij vormt een rem op de mogelijkheid van religieuze gemeenschappen om de vrijheid van hun eigen leden in te perken. Liberalen gaan ervan uit dat individuen vrij moeten zijn om hun leven naar hun eigen goeddunken in te richten. Voor sommige religieuze gemeenschappen is die individuele autonomie echter ondergeschikt aan de collectieve autonomie van de gemeenschap. Zo ook in het *millet*-systeem.⁶⁸

Het EHRM heeft in de zaak *Refah Partisi v Turkije* onverbloemd zijn liberale bezwaren tegen een dergelijk systeem kenbaar gemaakt:

'(...) the Court takes the view that such a societal model cannot be considered compatible with the Convention system, for two reasons. Firstly, it would do away with the State's role as the guarantor of individual rights and freedoms and the impartial organiser of the practice of the various beliefs and religions in a democratic society, since it would oblige individuals to obey, not rules laid down by the State in the exercise of its above-mentioned functions, but static rules of law imposed by the religion concerned. But the State has a positive obligation to ensure that everyone within its jurisdiction enjoys in full, and without being able to waive them, the rights and freedoms guaranteed by the Convention (...). Secondly, such a system would undeniably infringe

67 Quataert 2005, p. 178. Zie ook Vikør 2005, p. 236.

68 Kymlicka 2002, p. 232.

the principle of non-discrimination between individuals as regards their enjoyment of public freedoms, which is one of the fundamental principles of democracy. A difference in treatment between individuals in all fields of public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention, and more particularly Article 14 thereof, which prohibits discrimination. Such a difference in treatment cannot maintain a fair balance between, on the one hand, the claims of certain religious groups who wish to be governed by their own rules and on the other the interest of society as a whole, which must be based on peace and on tolerance between the various religions and beliefs.⁶⁹

4.5.3 *Het katholieke subsidiariteitsbeginsel en het gereformeerde beginsel van soevereiniteit in eigen kring*

Er zijn ook meer gematigde staatsvormen van religieuze pluriformiteit denkbaar die men toch ook als communautaristisch zou kunnen kenschetsen en waarmee het EHRM minder moeite zal hebben. Men kan daarbij denken aan de katholieke sociale leer zoals die in tweede helft van de 19^e eeuw werd ontwikkeld en aan de gereformeerde traditie⁷⁰ die in hetzelfde tijdsgewricht ontstond. De beginselen van 'subsidiariteit' respectievelijk 'soevereiniteit in eigen kring' zijn belangrijke communautaristische elementen van deze politieke theorieën. De katholieke sociale leer gaat ervan uit dat mensen van nature sociale wezens zijn en benadrukt het belang van kleine en middelgrote maatschappelijke verbanden zoals het gezin, de kerk, vakbonden, vrijwilligersorganisaties en verenigingen als structuren die het individu in staat stellen zich in te zetten voor de maatschappij en die het individu en de maatschappij als geheel met elkaar verbinden. Binnen deze leer vormt het subsidiariteitsbeginsel een belangrijke rol.⁷¹ Het beginsel is gebaseerd op de autonomie en waardigheid van het individu en stelt dat alle maatschappelijke instellingen, van het familieverband tot de staat en de internationale orde zich

69 EHRM 13 februari 2003 (GK), nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98, NJ 2005, 73, m.nt. Alkema, AB 2003, 152, m.nt. Kanne, ECLI:NL:XX:2003:AN7452 (*Refah Partisi (the Welfare Party) e.a. v Turkije*), par. 119.

70 Galston spreekt in dit verband over 'Reformation liberalism' dat in tegenstelling tot 'Enlightenment liberalism' (dat het belang van persoonlijke autonomie benadrukt) uitgaat van religieuze verdraagzaamheid en het belang erkent van verschillen tussen individuen en groepen over zaken als het 'goede leven', bronnen van morele autoriteit, rede versus religie, etc. Galston, *Ethics* 105(3) 1995, p. 521.

71 De eerste aanzetten voor dit beginsel kan men vinden in de encyciek van Paus Leo XIII, *Rerum Novarum*, 15 mei 1891. Later is dit beginsel verder uitgewerkt in de encyciek van Paus Pius XI, *Quadragesimo Anno*, 15 mei 1931, www.papalencyclicals.net.

ten dienste van de mens dienen te stellen.⁷² Het komt er kortweg op neer dat de staat niet moet proberen op centraal niveau alles te regelen maar dat hij ruimte moet laten aan zulke verbanden om beslissingen op een lager niveau te nemen. Het idee is dat de lagere niveaus beter in staat zijn om binnen hun eigen context beslissingen te nemen. Volgens het subsidiariteitsbeginsel behoort de overheid slechts initiatieven te nemen waar individuen en private organisaties niet in staat blijken de problemen zelfstandig op te lossen.

Het gereformeerde beginsel van soevereiniteit in eigen kring is vergelijkbaar met het katholieke subsidiariteitsbeginsel. De eerste uitwerking van dit beginsel treffen we bij de Duitse calvinist Althusius (1557-1638). Volgens deze filosoof bestaan er vele verschillende sociale gemeenschappen, elk met haar door God gegeven kring van bevoegdheden en met specifieke wetten die niet zijn afgeleid van enige andere kring. Volgens Althusius behoort elk maatschappelijk verband geregeerd te worden door eigen recht en dient de wettelijke macht van de staat tevens door dit eigen recht te worden begrensd. In Nederland zet Abraham Kuiper, oprichter van de Anti Revolutionaire Partij (ARP) en later minister-president, het beginsel van soevereiniteit in eigen kring eind 19^e eeuw op de agenda. Soevereiniteit in eigen kring is in Kuipers ogen een typisch calvinistisch beginsel dat het recht op burgerlijke vrijheden inhoudt. Dit betreft onder meer het gezin, de school, het bedrijf, de wetenschap en de kunst.⁷³ Dooyeweerd ontwikkelde op basis van de politieke opvattingen van Kuiper een geheel eigen filosofie in de gereformeerde traditie. Hierin betoogt hij onder meer dat niet-statelijke verbanden een eigen, oorspronkelijke competentie tot rechtsvorming hebben. Vanwege hun aard bezitten zij een oorspronkelijke bevoegdheid om hun eigen interne verhoudingen juridisch te regelen. De consequentie is dan dat de staat niet over een absolute rechtsmacht beschikt. Zijn rechtsmacht houdt op bij de grenzen van de rechtssferen van de niet-statelijke verbanden.⁷⁴

Opvallend is dat zowel in de katholieke sociale leer als binnen de gereformeerde traditie de vrijheid van godsdienst wordt omarmd. Beide tradities zijn immers geloofstradities en men zou kunnen verwachten dat deze geloofstradities de theocratie als ideale staatsvorm verdedigen. Toch wordt in beide tradities niets afgedaan aan de waarheidsclaims van de eigen religieuze overtuigingen. Zo vloeit de godsdienstvrijheid van de katholieke kerk niet voort uit een aanvaarding van de liberale beginselen maar uit de voortschrijdende inzichten ten aanzien van haar eigen geloofsleer.⁷⁵ In beide religieuze tradities ligt een bepaalde religieuze verdraagzaamheid vervat.

72 Post, *TvRRB* 2011/2-3, p. 54.

73 Kuiper 1959, p. 50.

74 Dooyeweerd 1950, p. 54-55. Post, *TvRRB* 2011/2-3, p. 54. Zie uitgebreid werk Dooyeweerd 1935.

75 Zie hierover Murray S.J. 1965.

Ofschoon de katholieke kerk in vroegere tijden zeer terughoudend was om de mensenrechten – die vaak waren gebaseerd op een radicaal vrijheidsdenken en een anti-statelijk en anti-kerkelijk karakter hadden – te erkennen, wijzigde deze houding zich in de loop van de tijd en erkende ze op grond van de menselijke waardigheid het belang van de mensenrechten. Op het Tweede Vaticaanse Concilie werd vastgesteld:

‘Het is dus nodig al datgene voor de mens toegankelijk te maken wat hij nodig heeft om een waarlijk menselijk leven te leiden, zoals voedsel, kleding, woning, het recht om zijn levensstaat vrij te kiezen en om een gezin te stichten, het recht op opvoeding, op werkgelegenheid, goede naam, respect en passende voorlichting, het recht om te handelen volgens de juiste norm van zijn geweten, het recht op bescherming van zijn privé leven en op een juiste vrijheid, ook in het godsdienstige’.⁷⁶

Gedurende het Tweede Vaticaanse Concilie was de godsdienstvrijheid het belangrijkste thema. Het concilie verklaarde met het document *Dignitatis humanae* expliciet de godsdienstvrijheid als burgerrecht te omarmen.⁷⁷ Daarmee deed zij afstand van haar eerdere gewetensleer die enkel aan het ware geloof rechten toekent. Uit de verklaring *Dignitatis humanae* blijkt dat de katholieke kerk de aanspraak op mensenrechten niet afleidt uit liberale opvattingen over vrijheid en gelijkheid maar uit haar theologische bronnen. In de verklaring stelt het concilie:

‘Ondanks het feit dat de openbaring zich niet expliciet uitspreekt over de godsdienstvrijheid kunnen we uit de openbaring probleemloos afleiden hoezeer Christus de vrijheid van de mens eerbiedigde.’

En:

‘Jezus was zachtmoedig, nederig van hart en dwong mensen niet tot het geloof. De kerk volgt Christus en de apostelen.’

Uitgangspunt is volgens het concilie daarom dat de mens vrijwillig zijn geloofsantwoord moet kunnen geven aan God. De roep van God legt de mens

⁷⁶ Stichting De Ark 1986.

⁷⁷ Paus Paulus VI, *De verklaring Dignitatis Humanae, over de godsdienstvrijheid. In de plechtige zitting van het Tweede Vaticaanse concilie van 7 december 1965*, Hilversum: Gooi & Sticht 1966.

een gewetensplicht op maar dwingt de mens niet. God houdt rekening met de menselijke waardigheid, aldus het concilie.⁷⁸

Hoewel dit in *Dignitatis humanae* niet expliciet zo wordt gesteld, kan men de vrijheid van godsdienst beschouwen als een uitwerking van het subsidia-riteitsbeginsel. Dit beginsel gaat immers ervan uit dat de menselijke persoon in de maatschappij centraal moet staan en de wereldlijke overheid zich dienstbaar moet opstellen naar de burgers en hun organisaties door hun de mogelijkheid te geven zelf de initiatieven te ontwikkelen en hen daarbij te steunen. Aan het beginsel ligt de visie ten grondslag dat de staat zich dienstbaar moet opstellen en de burgers een noodzakelijke vrijheid moet laten, ook op godsdienstig terrein.⁷⁹

Ook in het gereformeerde gedachtegoed wordt de vrijheid van godsdienst erkend. Kuyper ageert tegen het idee van een volkssoevereiniteit zoals geproclameerd ten tijde van de Franse Revolutie. Tegenover de volkssoevereiniteit en de staatssoevereiniteit (het staatsabsolutisme) zet hij de soevereiniteit Gods. Volgens Kuyper is elke vorm van soevereiniteit terug te leiden tot de gratie Gods. De soevereiniteit van de staat en die van maatschappelijke kringen, zoals het huisgezin, het bedrijf, de wetenschap, de kunst, etc. bestaat volgens Kuyper hieruit dat deze alleen God boven zich hebben. De maatschappelijke kringen kunnen om die redenen nooit geheel worden onderworpen aan de overheid.

Kuyper stelt dat ook de individuele mens een soevereiniteit in 'eigen kring' kent in de zin van de vrijheid van geweten. Ook het geweten heeft volgens Kuyper nooit een mens maar alleen God boven zich. Kuyper betoogt dat de verschillende soevereine kringen, de kerk, de staat en het individu elkaars soevereiniteit inperken:

'De kerk mag niet gedwongen worden als lid te dulden, wien zij uit haar kring verwijderen wil, maar ook geen burger van de Staat mag gedwongen worden in een kerk te blijven, die hij uit consciëntiedrang verlaten wil. Doch wat de Overheid ten deze van de kerken eist, heeft ze dan ook zelf in praktijk te brengen, en de vrijheid van consciëntie aan elk burger toe te kennen als primordiaal elk mens toekomend recht.'⁸⁰

Het communautaristische perspectief had grote invloed op de Nederlandse rechtsorde ten tijde van de verzuiling. Vanaf die periode kregen confessionele organisaties binnen de eigen kring een bepaalde mate van autonomie ge-

78 Paus Paulus VI, *De verklaring Dignitatis Humanae, over de godsdienstvrijheid. In de plechtige zitting van het tweede Vaticaanse concilie van 7 december 1965*, Hilversum: Gooi & Sticht 1966, hfdst. 2, art. 3.

79 Mgr. Hendriks 2011, p. 1-9.

80 Kuyper 1959, p. 50.

gund. In het licht van de hedendaagse secularisering en individualisering zijn het principe van subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring haast archaïsmen. Dat neemt niet weg dat er nog steeds een minderheid bestaat die zich beroept op de vruchten van deze traditie van religieuze autonomie. Zij hechten waarde aan hun groepsidentiteit en in sommige gevallen verkiezen ze deze boven de door de staat gegarandeerde individuele grondrechten.

Het juridische begrip van godsdienst is beïnvloed door het katholieke subsidiariteitsbeginsel en het protestantse beginsel van soevereiniteit in eigen kring. We kunnen dan denken aan het recht van een kerkgenootschap (artikel 2:2 BW) of een instelling van het bijzonder onderwijs (artikel 23 Grondwet) om in de eigen statuten vast te leggen wat de godsdienstige identiteit is en welke uitingen en gedragingen hieraan verbonden zijn. Doordat het kerkgenootschap en het bijzonder onderwijs een bepaalde autonomie genieten om zelf, middels een statuut, regels te stellen hebben zij tot op zekere hoogte ook de autonomie om zelf het begrip godsdienst uit te leggen. Hierdoor kunnen bepaalde op het oog doorsnee uitingen en gedragingen een religieus karakter krijgen. Zie voor voorbeelden hiervan 2.4.

In het licht van de liberale ideologie zijn collectieve rechten die ten koste gaan van de autonomie van het individu niet wenselijk.⁸¹ Het druist in tegen het mensbeeld waarin de autonomie en de zelfbeschikking van het individu voorop staan.⁸² Vanuit de liberale ideologie wordt er minder belang gehecht aan de bescherming van de identiteit van een gemeenschap dan aan die van het individu.⁸³ Wanneer de overheid kerken of bijzondere scholen bijvoorbeeld de vrijheid laat om personeel te selecteren op basis van godsdienst kan dit vanuit een liberaal perspectief een onaanvaardbare onderschikking betekenen van de autonomie van het individu aan de collectieve vrijheid van een kerk of school.⁸⁴ Op basis van, onder andere, bovenstaande liberale kritiek zijn de afgelopen decennia bepaalde religieuze collectieve rechten, die passen binnen het communautaristisch perspectief begrepen. Men kan dan denken aan aantastingen van het recht van de SGP om zelf op basis van de godsdienstige grondslag de inrichting van de politieke partij (vereniging) vorm te geven, *in concreto* door geen vrouwen in de eigen gelederen op te nemen⁸⁵ en

81 Verschillende liberalen hebben hiertegen geageerd. Zie Rawls, *Philosophy & Public Affairs* 1985/14, p. 223-251; Dworkin, *Taking rights seriously* 1978 en 'Liberalism' 1978; Ackerman 1980. Volgens Habermas zijn collectieve rechten vreemd aan het rechtssysteem. Zie Habermas 1995, p. 138.

82 Barry 2002, p. 149.

83 Kymlicka 2002, p. 336.

84 Zie hierover uitgebreid het themanummer van *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2015 (44) en in het bijzonder het artikel van Cohen daarin, p. 165-211.

85 Post, *TvRRB* 2011/2-3, p. 58. Post noemt overigens ook het recht van gewetensbezwaarde ambtenaren om op godsdienstige gronden geen homoseksuelen te trouwen. Volgens Post is het niet toestaan van weigerambtenaren een aantasting van de soevere-

aan het verder beteugelen van de vrijheid van het bijzonder onderwijs om eisen te stellen aan docenten en leerlingen door de anti-discriminatiebepalingen van de AWGB strikter te formuleren.⁸⁶ Een ander minder in het oog springend – maar desalniettemin illustratief – voorbeeld is het onverbindend verklaren en in een later stadium afschaffen van de rechtspraak van de Commissie van Beroep van het bijzonder onderwijs. Deze kringenrechtspraak vindt zijn oorsprong in het beginsel van soevereiniteit in eigen kring en was ooit opgericht vanuit de afwijzing van overheidsinmenging in het bijzonder onderwijs.⁸⁷

4.6 ACCOMMODATIONISME

4.6.1 *Twee benaderingen van religieus pluralisme*

Nussbaum zet in haar werk *De nieuwe religieuze intolerantie* de Lockeaanse opvattingen over neutraliteit en tolerantie af tegen het accommodationisme. Beide benaderingen vormen een belangrijke traditie voor wat betreft de wijze waarop in de Amerikaanse rechtspraak door de tijd heen met religieus pluralisme is omgegaan. Volgens Nussbaum zijn de uitgangspunten van het accommodationisme beter in staat om met religieus pluralisme om te gaan dan die van het ‘liberaal gezindtemodel’ van Locke. Nussbaum leidt het ontstaan van het accommodationisme terug tot de wijze waarop de kolonisten in de beginjaren van de Verenigde Staten op basis van gelijk respect met elkaar probeerde samen te leven.

Het accommodationisme stelt voorop dat wetten in een democratie altijd opgesteld worden door

‘(...) meerderheden en daarom, in zaken die variëren van de keuze van werkdagen tot de wettelijke status van verschillende drugs, van nature de be-

reiniteit in eigen kring van een orthodox-gelovige groepering. Mijns inziens is hier geen sprake van een ‘kring’ die in zijn soevereiniteit wordt aangetast maar van individuele gelovigen die binnen de kring van decentrale overheden werkzaam zijn als ambtenaar.

⁸⁶ *Kamerstukken I* 2013/14, 32476, nr. A.

⁸⁷ De Hoge Raad verklaarde in het *Amghane*-arrest (HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 693) dat de rechter het oordeel van de Commissie van Beroep niet als bindend hoeft te beschouwen. De rechter moet als gevolg van dit arrest, ook als hij na een besluit van de Commissie van Beroep wordt ingeschakeld, het geschil in volle omvang en niet slechts marginaal toetsen. Zie hierover Jansen & Van de Laar, *School en Wet* 2010, p. 8-13. Overigens kan men het opheffen van de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (PBO) wellicht ook zien als het verdwijnen van een vrucht van de beginselen van subsidiariteit en soevereiniteit in eigen kring. Zie o.a. *Handelingen II* 2012/13, 104-40, p. 1-4.

lichaming zullen vormen van meerderheidsideeën over wat het beste uitkomt.’⁸⁸

Om recht te doen aan minderheidsopvattingen moeten in het perspectief van het accommodationisme ook de opvattingen van andersdenkenden geaccommodeerd worden. Dat wil zeggen dat de wet ruimte moet bieden aan uitzonderingen, vrijstellingen, e.d.⁸⁹

Het accommodationisme toont een sterke gelijkenis met het multiculturalisme als politiek-filosofische stroming. Het multiculturalisme heeft een zelfde soort kritiek op de algemene werking van de wet. Het stelt dat culturele minderheden door de geschiedenis heen zijn achtergesteld onder andere vanwege het recht dat enkel de opvattingen van de meerderheid representeerde. Multiculturalisten betogen daarom dat minderheden in hun identiteit moeten worden erkend en verwerpen het idee dat minderheden zich moeten ondergeschikken aan een heersende cultuur. Het idee van assimilatie wordt door multiculturalisten los gelaten omdat dit voor minderheden neerbuigend of kwetsend is.⁹⁰ Ze vinden dat minderheden zich niet hoeven aan te passen aan de meerderheidscultuur. De meerderheidscultuur zou juist de culturele verschillen van minderheden moeten accommoderen.⁹¹

Accommodationisten achten hun opvattingen expliciet ook van toepassing op het individuele geweten. Toegespitst op de vrijheid van godsdienst betekent dit dat accommodationisten uitgaan van een subjectiverende uitleg van godsdienst: wat godsdienst is moet worden bepaald door de justitiabele.⁹² Ze vinden dat de vrijheid van godsdienst zo ruim moet zijn als is te verenigen met de wettelijke beperkingsgronden. Niet alleen de traditionele vertrouwde godsdiensten moeten worden beschermd, maar elke religieuze of levensbeschouwelijk gemotiveerde claim moet worden gehonoreerd tenzij een beperking is gelegitimeerd op grond van dringende overwegingen van publiek belang, zoals vrede en veiligheid, of bescherming van de rechten van anderen.⁹³

88 Nussbaum 2013, p. 93.

89 Nussbaum 2008, p. 67.

90 Kukathas 2004, p. 251.

91 Kymlicka 2002, p. 329.

92 Tenzij deze in strijd is met de wet, dat wil zeggen dat de uiting en gedraging op grond van de wettelijke beperkingsgronden kunnen worden beperkt.

93 Nussbaum 2013, p. 94.

4.6.2 *Accommodationisme versus liberaal gezindte pluralisme*

Het accommodationisme verdraagt zich voor wat betreft het godsdienstbegrip op een aantal punten slecht met het liberaal gezindtepluralisme en in het bijzonder met de Lockeaanse uitgangspunten hiervan. Ten eerste is vanuit het accommodationistische ideaaltype de liberale scheiding tussen publiek en privaat kwestieus. We kunnen stellen dat het accommodationistische perspectief niet zoals het liberale model ten aanzien van religieuze uitingen van de burger een onderscheid aanbrengt tussen een publiek en privaat domein. Accommodationisten zijn er juist voorstander dat het publieke domein ‘gevuld’ wordt met religieuze pluriformiteit. In feite is de opvatting van het accommodationistische perspectief tegengesteld aan dat van het seculiere perspectief.⁹⁴ Zoals seculieren het publieke domein willen vrijwaren van godsdienst zo willen accommodationisten het publieke domein juist vullen met een verscheidenheid aan godsdiensten. (Semi-)overheidsinstanties, scholen etc. dienen religieuze pluriformiteit te accommoderen. Dat betekent bijvoorbeeld dat hoofddoekjes, keppeltjes, kettingen met kruisjes, etc. in rechtbanken, scholen mogen worden gedragen evenzeer als dat rechters, politieagenten, docenten en ambtenaren hun religieuze opvattingen mogen uitdragen.

Accommodationisten zullen daarom geen hiërarchie willen aanbrengen in godsdienstige uitingen of gedragingen om vervolgens het niveau van bescherming daarop af te stemmen. Een hiërarchie tussen verschillende godsdienstige uitingen en gedragingen op basis van het liberale onderscheid tussen een privaat en een publiek domein, zoals dit terugkomt in artikel 6 Grondwet, de leer van het *forum internum* en *forum externum* en de kernrechtbenadering, zullen ze niet onderschrijven. De reden hiervoor is dat een hiërarchische rangschikking een zekere objectivering van het godsdienstbegrip veronderstelt. Accommodationisten zullen daarentegen juist een zo open mogelijk begrip van godsdienst willen hanteren om zo tegemoet te komen aan de opvattingen van het rechtssubject.

Ten tweede staat de accommodationistische benadering op gespannen voet met een Lockeaanse visie op tolerantie. Vanuit het accommodationis-

94 Van der Burg maakt in dit verband het onderscheid tussen exclusieve, inclusieve en compenserende neutraliteit waarbij hij de categorie exclusieve neutraliteit koppelt aan de seculiere staat. Inclusieve en compenserende neutraliteit lijken bij Van der Burg varianten van een accommodationistisch perspectief waarbij de inclusieve neutraliteit vooral betrekking heeft op de gelijke accommodatie van de bestaande religies en levensovertuigingen en de compenserende visie het aspect betreft dat de uitoefening van godsdiensten die op de een of andere manier historisch zijn achtergesteld ter zake van die achterstelling worden gecompenseerd door middel van accommodatie. Dit betreft dan accommodatie die de betreffende godsdienst of levensovertuiging ‘voortrekt’ of een dispensatie biedt teneinde de achterstelling ten opzichte van andere godsdiensten of levensovertuigingen te kunnen inlopen. Zie oratie Van der Burg 2009.

tisch perspectief is het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme ontoereikend omdat het geen acht slaat op onbekende (exotische) godsdiensten en atypische godsdienstige uitingen en gedragingen. Binnen het accommodatienistische perspectief staat het individuele geweten centraal. Daaruit vloeit voort dat als iemand een afwijkende interpretatie heeft van zijn of haar religie, het niet van belang is of de meerderheid van de aanhangers van die religie het daarmee niet eens is.⁹⁵ Wanneer we deze redenering doortrekken dan betekent dit in theorie dat ook zuiver singuliere religieuze opvattingen ook door de rechtsorde als zodanig moeten worden erkend. De bewijslast is voor dergelijke gevallen echter hoog. In praktijk helpt het wanneer het rechtssubject kan aantonen dat er meer mensen zijn die dezelfde opvattingen erop nahouden en hun 'godsdienst' op dezelfde wijze belijden.

Het accommodationistische begrip van godsdienst staat op gespannen voet met het in de EHRM en nationale jurisprudentie geldende uitgangspunt dat een godsdienstige opvatting beschikt over 'een zekere graad van overreding, ernst, cohesie en belangrijkheid'.⁹⁶ Met vage opinies of ideeën neemt men geen genoegen. Er moet sprake zijn van een identificeerbare religie of overtuiging. Ook noemt het EHRM als voorbeeld van zaken die een expressie zijn van godsdienst of levensovertuiging '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form',⁹⁷ Met deze objectiveringen wordt gerefereerd aan de welbekende traditionele vormen van religieus belijden. Accommodationisten zullen elke objectivering van het godsdienstbegrip afwijzen met het argument dat deze objectiveringen zijn ingegeven door meerderheidsopvattingen over wat 'telt' als godsdienst.

Ten derde hebben accommodationisten problemen met de Lockeaanse visie op neutraliteit. In de Lockeaanse visie moet de overheid geheel neutraal zijn en kan zij minderheden niet tegemoet komen in het accommoderen van bezwaren tegen bestaande wetgeving omdat ze minderheden dan ten opzichte van de rest van de samenleving langs een andere meetlat zou leggen en hen daarmee zou bevoordelen.⁹⁸ Men zou bijvoorbeeld kunnen betogen dat de uitzonderingsbepaling die regelt dat joden en moslims onverdoofd ritueel mogen slachten ervoor zorgt dat joden en moslims langs een andere meetlat worden gelegd en hen daarmee bevoordeelt ten opzichte van de rest

⁹⁵ Nussbaum 2013, p. 99.

⁹⁶ Ten aanzien van levensovertuiging: EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v UK*), par. 36. Ten aanzien van godsdienst: EHRM 15 januari 2013, EHRC 2013/67 (*Eweida and Others v United Kingdom*), par. 82.

⁹⁷ EHRM 2 oktober 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1002DEC004985399 (*Pichon en Sajous v Frankrijk*), p. 4; EHRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*).

⁹⁸ Taylor stelt dat deze kritiek uitgaat van 'de politiek van de universele erkenning'. Zie Taylor 1995, p. 56. Zie ook gelijklopende kritiek van Post, *TvRRB* 2011/2-3, p. 56.

van de bevolking.⁹⁹ Nussbaum verwijt de aanhangers van het Lockeaanse perspectief gebrek aan inlevingsvermogen. Zij stelt dat wat neutraal is, bepaald wordt door de democratische meerderheid. Het recht is niet kleurenblind. In veel gevallen bevoordelen de bestaande wetten impliciet de meerderheid.¹⁰⁰

De kritiek van het accommodationisme op de Lockeaanse conceptie van neutraliteit raakt ook het in de nationale en EHRM jurisprudentie ontwikkelde uitgangspunt (zie 4.3) dat een godsdienstige uiting of gedraging een directe expressie van godsdienst moet zijn. Het idee dat een godsdienstige uiting of gedraging een directe expressie moet zijn van godsdienst roept immers de vraag op wat een directe expressie is. Baseert de rechter zich daarbij op wat de meerderheid van de samenleving een directe expressie vindt? Ter illustratie van deze kwestie heb ik in 4.3 de uitspraak van de ARRvS over de antroposofische huisarts genoemd. Het weigeren om deel te nemen aan de verplichte pensioensregeling op grond van een antroposofische overtuiging was volgens de ARRvS geen directe expressie van godsdienst. Het ARRvS vindt dat de pensioensregeling neutraal van aard is en geen inbreuk maakt op de godsdienstvrijheid. Waarom vindt de rechter het niet willen deel nemen aan een pensioensregeling geen directe uitdrukking van godsdienst? Wellicht omdat hij traditionele vormen van religieus belijden voor ogen had en niet een onderwerp als het betalen van pensioenspremie waarvan de meerderheid van de bevolking ongetwijfeld zal stellen dat dit een alledaagse (neutrale) gedraging is en geen expressie van godsdienst.

Het gevolg van een Lockeaanse benadering is dat uitingen en gedragingen (bijvoorbeeld alledaagse uitingen en gedragingen of bepaalde weigeringen om aan een wettelijke plicht te voldoen) waarvan de relatie met de godsdienst niet zo evident is, niet tot godsdienst worden gerekend. Vanuit een accommodationistisch perspectief kan men hier tegenin brengen dat de verplichte pensioensregeling helemaal niet neutraal is en een product van de meerderheid van de bevolking. Men zal zich op het standpunt stellen dat de rechtsorde de bezwaren van de antroposofische arts moet accommoderen door een uitzondering in de wet op te nemen (of de wet in deze gevallen buiten toepassing moet laten) en men zal er op grond van de verklaring van de justitiabele vanuit gaan dat deze uiting een directe expressie is van godsdienst.

99 Taylor 1995, p. 76.

100 Nussbaum 2013, p. 106.

Deel III

Positiefrechtelijke analyse

OPZET ANALYSE

De opzet van de analyse van de verschillende onderwerpen (het positiefrechtelijk gedeelte) is dat eerst de geldende wetgeving wordt behandeld, deze vervolgens – indien relevant – wordt geduid aan de hand van de wetsgeschiedenis en becommentariërende literatuur en ten slotte de jurisprudentie wordt geanalyseerd.¹

Per onderwerp is getracht alle voor het geldende recht relevante wetgeving en jurisprudentie mee te nemen waarin het juridische begrip van godsdienst aan de orde is. Daarbij is gebruik gemaakt van de ‘systematische methode’ en de ‘sneeuwbalmethode’. De eerste methode wil zeggen dat naar wetgeving en jurisprudentie is gezocht aan de hand van handboeken, overzichtswerken, artikelsgewijs commentaar, dissertaties, tijdschriftartikelen, annotaties etc. over de godsdienstvrijheid in het algemeen en meer specifiek over bepaalde – afhankelijk van het onderwerp – rechten met een religieus object. Daarnaast is in verschillende digitale zoeksystemen, zoals Kluwer Navigator, Opmaat en Rechtsorde, op basis van relevante zoektermen (termen met een godsdienstige lading, afhankelijk van het onderwerp) naar wetgeving en jurisprudentie gezocht. De tweede methode wil zeggen dat naar wetgeving en jurisprudentie is gezocht door referenties in literatuur, annotaties, jurisprudentie en wetgeving na te gaan. Overigens is de bespreking van rechterlijke uitspraken niet geheel uitputtend. Hiervoor zijn twee redenen. Ten eerste omdat niet alle rechterlijke uitspraken worden gepubliceerd en ten tweede omdat sommige uitspraken bewust niet in de beschouwing zijn meegenomen. Het gaat dan om een klein aantal uitspraken waarin de wijze waarop het begrip ‘godsdienst’ werd uitgelegd vrijwel identiek was aan wel besproken uitspraken. Mijns inziens bestaat er geen noodzaak om alle uitspraken mee te nemen in het onderzoek. Gezien de precedentenwerking in de rechtspraak zijn immers vooral de ‘landmark cases’ van belang. Deze bepalen, samen met de veranderingen in wetgeving, de ontwikkeling van de rechtsorde.²

Ten slotte is de selectie van wetgeving en jurisprudentie enigszins afgebakend door de tijd. Zoals reeds is opgemerkt concentreert het onderzoek zich op het geldende recht. Het onderzoek richt zich daarmee op een actueel juridisch begrip van godsdienst. Bij sommige onderwerpen is echter wel in-

1 Zie ook 1.7 vanaf de tweede alinea en 1.6.

2 Zie ook Scholten 1974.

gegaan op de geschiedenis van een rechtsobject met een religieuze lading. In die gevallen is ook wat oudere wetgeving en jurisprudentie betrokken. Dit is alleen gedaan wanneer het nodig was om meer inzicht te krijgen in het huidige juridische begrip van godsdienst.

De analyse per onderwerp begint met het lokaliseren van de plaats binnen het juridische 'systeem' waar de uitleg van het begrip godsdienst plaatsheeft. Vervolgens concentreert de analyse zich op de vraag of er sprake is van een objectiverende, subjectiverende of autonome uitleg en welke motieven of beweegredenen hierachter schuil gaan. Tot slot is nagegaan of deze duiding kan worden geassocieerd met de genoemde politiek-filosofische ideaaltypen.

Per onderwerp komen (veelal) impliciet de volgende vragen aan de orde:

1. Wat is binnen de juridische systematiek van het betreffende onderwerp het begrip van godsdienst?
2. Komt men tot dit begrip van godsdienst door een objectiverende, subjectiverende of autonome uitleg en waaruit blijkt dit?
3. Is er een legitimatie voor deze duiding?
4. Met welk politiek-filosofisch ideaaltype kunnen we deze legitimatie associëren?

Per onderwerp wordt in de slotparagraaf expliciet een conclusie getrokken naar aanleiding van de twee subonderzoeksvragen:

1. **Wat is het juridische begrip van godsdienst?**
2. **Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?**

5.1 INLEIDING

In het migratierecht kan het begrip godsdienst op verschillende manieren naar voren treden. Vragen hieromtrent doen zich met name voor ten aanzien van de aanvraag van een verblijfsvergunning asiel.¹ In dit onderzoek beperk ik mij daarom tot dit onderwerp. De verblijfsvergunning asiel kan worden verleend aan een vreemdeling die in Nederland bescherming zoekt in verband met gebeurtenissen of omstandigheden in het land van herkomst.² Indien een asielzoeker bij de aanvraag voor een verblijfsvergunning claimt dat hij wordt vervolgd vanwege zijn godsdienst, dan betekent dit dat het bestuursorgaan aan wie de aanvraag is gericht dient te onderzoeken of de overtuiging en praxis van de asielzoeker kan worden gekwalificeerd als godsdienst. Indien het bestuursorgaan de aanvraag afwijst omdat het de overtuiging van de vreemdeling niet kwalificeert als godsdienst, kan de rechter toetsen of de kwalificatie van het bestuursorgaan juist is geweest.³

Het navolgende is een uitgebreide bespreking van de kwalificatie van overtuigingen en praxis als godsdienst bij asielaanvragen. Teneinde een goed begrip van de asielprocedure te verkrijgen begin ik de bespreking in paragraaf 5.2 met een analyse van het juridische kader. In de wet- en regelgeving omtrent de asielprocedure zijn religieuze termen opgenomen. Relevant is hoe de wet- en regelgever deze termen heeft gedefinieerd. Met andere woorden, wat de reikwijdte van deze termen is. Welke uitingen en gedragingen dienen volgens de wet- en regelgever als godsdienst te worden gekwalificeerd? Vervolgens komt in paragraaf 5.3 de kwalificatie van de bestuursorganen en de rechter naar aanleiding van deze religieuze wettelijke religieuze termen aan de orde. Ten slotte analyseer ik in paragraaf 5.4 aan de hand van de jurispru-

1 Het kwalificatievraagstuk doet zich bij de aanvraag van de verblijfsvergunning regulier o.a. voor ten aanzien van de kwalificatie van het verblijfsdoel van verschillende geestelijke ambten zoals voorganger, zendeling, vrijwilliger, kloosterling. De vraag is dan of het verblijfsdoel van deze functionarissen kan worden gekwalificeerd als 'arbeid in loondienst'. Zie hierover Zondag 2005, p. 10, 11.

2 Zie Grütters e.a. (red.) 2012.

3 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 augustus 2013, nr. 201304530/1/V2, ABRvS 28 juli 2013, nr. 201201598/1/V4; ABRvS 23 september 2003, nr. 200302654/1 (JV 2003/500); Rb. 's-Gravenhage 5 december 2007 ECLI:NL:RBSGR:2007:BC0635; Rb. 's-Gravenhage 26 april 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA8012; Rb. 's-Gravenhage 18 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8027.

dentie de vraag in welke mate een vreemdeling vanwege zijn godsdienst moet zijn vervolgd wil hij in aanmerking komen voor een verblijfsvergunning. De reden dat ik deze vraag, die op het eerste gezicht wellicht weinig van doen heeft met het begrip godsdienst, analyseer, is omdat uit de jurisprudentie blijkt dat het antwoord op deze vraag een bepaalde vooronderstelling bevat over de betekenis van godsdienst. Het hoofdstuk sluit ik in paragraaf 5.5 af met een conclusie.

5.2 DE DEFINITIE VAN ‘GODSDIENST’ IN WET- EN REGELGEVING OMTRENT DE ASIELPROCEDURE

In deze paragraaf analyseer ik wat in ‘asielwetgeving’ de reikwijdte is van het juridische begrip godsdienst. De wetgever⁴ definieert deze reikwijdte door het geven van beschrijvingen van het fenomeen godsdienst en door in algemene zin bepaalde uitingen en gedragingen wel en andere niet als godsdienst te kwalificeren. Welke deze beschrijvingen zijn en onder welke voorwaarden uitingen en gedragingen als godsdienst dienen te worden gekwalificeerd, kan worden opgemaakt uit de systematiek van de asielwetgeving. In het onderstaande zet ik kort de systematiek van de asielwetgeving uiteen om daarna de betekenis van godsdienst die hieruit volgt in meer detail te bespreken.

De asielprocedure is geregeld, en vanuit het EU- en verdragenrecht geïmplementeerd, in de Vreemdelingenwet 2000 (Vw 2000) en meerdere lagen van lagere regelgeving. Op grond van artikel 28 Vw 2000 heeft de minister (en voor hem de staatssecretaris) als bestuursorgaan de bevoegdheid om een asiel-verblijfsvergunning te verlenen. Artikel 29 Vw 2000 bepaalt de gronden voor het verlenen van een asielvergunning.⁵ Artikel 29 lid 1a stelt dat een verblijfsvergunning kan worden verleend aan een vreemdeling die verdragsvluchteling is. Daarmee verwijst artikel 29(1)(a) Vw 2000 naar artikel 1a van het Vluchtelingenverdrag van Genève. Op grond daarvan is iemand een vluchteling wanneer hij het land van herkomst heeft verlaten wegens vrees voor vervolging op grond van ras, godsdienst, politieke overtuiging, nationaliteit of het behoren tot een sociale groep. Richtlijn 2004/83 EG 6 omschrijft de betekenis van de term ‘vervolging’ in het Vluchtelingenverdrag voor de lidstaten nader. Ingevolge artikel 9 lid 1 onder a van de richtlijn – geïmplementeerd in artikel 3.36 Voorschrift Vreemdelingen 2000 (VV 2000) – kan men spreken van daden van vervolging indien deze daden zo ernstig zijn of zo

4 We zullen zien dat dit in belangrijke mate de Europese wetgever is en dat ook het bestuursorgaan waaraan wetgevende bevoegdheid is gedelegeerd hierin een rol speelt.

5 Grütters e.a. (red.) 2012, hfdst. III, par. 21-23.

6 Richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004, *PBEU* L 304/12.

vaak voorkomen dat zij een ernstige schending zijn van de grondrechten van de mens, met name ten aanzien van de rechten waarvan op grond van artikel 15 lid 2 van het EVRM in geen geval beperking mogelijk is. Deze laatste rechten zijn het recht op leven (artikel 2 EVRM), verbod op foltering (artikel 3 EVRM), verbod op slavernij en dwangarbeid (artikel 4 lid 1 EVRM) en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (geen straf zonder wet, artikel 7 EVRM).⁷ Derhalve impliceert de richtlijn dat er een daad van vervolging is op grond van godsdienst indien sprake is van een *ernstige* aantasting van de vrijheid van godsdienst of van een schending van de grondrechten genoemd in artikel 15 lid 2 EVRM vanwege de geloofsovertuiging. Vaak zal dit een combinatie van beide zijn. Zo kan een inbreuk op de godsdienstvrijheid tevens een onmenselijke of vernederende straf (schending van artikel 3 EVRM) inhouden. Men vreest dan zowel voor een ernstige schending van de godsdienstvrijheid als voor een schending van artikel 3 EVRM.

Artikel 10 lid 1 onder b van de richtlijn – geïmplementeerd in artikel 3.37 VV 2000 – definieert de vervolgingsgrond godsdienst als volgt:

‘theïstische, niet-theïstische en atheïstische geloofsovertuigingen, het deelnemen aan of het zich onthouden van formele erediensten in de particuliere of openbare sfeer, hetzij alleen of in gemeenschap met anderen, andere religieuze activiteiten of uitingen, dan wel vormen van persoonlijk of gemeenschappelijk gedrag die op een godsdienstige overtuiging zijn gebaseerd of daardoor worden bepaald’.

Het voorstel van de Commissie dat geleid heeft tot deze definitiebepaling stelt dat de definiëring van de vervolgingsgronden (waaronder godsdienst) in overeenstemming is met de definities in het Vluchtelingenverdrag.⁸ In dit verdrag wordt godsdienst echter niet gedefinieerd. Ten tijde van de totstandkoming van het verdrag lijkt voor alle partijen duidelijk te zijn geweest wat men hieronder verstond. Mogelijk heeft de Commissie zich bij haar voorstel laten leiden door latere definitiebepalingen van de VN in de context van het internationale vluchtelingenrecht.⁹ Deze definitiebepalingen treffen we echter

7 In tegenstelling tot het EVRM wordt in het IVBPR (artikel 4) de godsdienstvrijheid ook beschouwd als ‘notstandfest’ ofwel als absoluut recht.

8 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, Brussel 12 september 2001, COM(2001) 510 definitief, 2001/0207 (CNS).

9 In de wetgevingsprocedure lijkt de definiëring van godsdienst door de Commissie geen issue te zijn geweest. Zie o.a. Verslag A5-0333/2002 van het Europees Parlement (8 oktober 2002).

aan in documenten die geen juridisch bindende status hebben.¹⁰ In dit verband zijn – ten tijde van de totstandkoming van de richtlijn – belangrijk: ‘the Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and Discrimination based on Religion or Belief (1981)’, ‘the General Comments’ die zijn uitgegeven door het ‘Human Rights Committee’(UNHCR)¹¹ en het ‘Handbook on Procedures and Criteria for determining Refugee Status’.¹² In de definitiebepaling van artikel 10 lid 1 onder b van de richtlijn vinden we verschillende elementen terug die we ook tegenkomen in de definitiebepalingen van deze VN-documenten. Met name in de ‘General Comments’ nr. 22 van het UNHCR treffen we opvallende gelijkenissen met de definitiebepaling van de richtlijn. Zo worden evenals in de richtlijn ‘*theistic, non-theistic and atheistic beliefs*’ juridisch aan elkaar gelijkgesteld. In aanvulling daarop wordt er in dit document gesteld dat ‘The terms “belief” and “religion” are to be broadly construed’ en dat godsdienstvrijheid niet alleen ziet op de uitingen en gedragingen behorend bij de traditionele religies maar ook op die van niet-traditionele religies. Ook de zinsnede ‘The freedom to manifest religion or belief may be exercised “either individually or in community with others and in public or private”’ toont opvallende gelijkenissen met de definitiebepaling van de richtlijn. Ten slotte zijn er ook gelijkenissen waar te nemen met de definitie zoals die terugkomt in ‘The Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status’. Daarin komt op gelijke wijze als in de definitiebepaling van de richtlijn terug dat de godsdienstvrijheid ‘includes the freedom of a person to change his religion and his freedom to manifest it in public or private, in teaching, practice, worship and observance’.

In het op 24 juni 2013 door de Raad Buitenlandse zaken (Raad van ministers EU) aangenomen richtsnoer ‘On the promotion and protection of freedom of religion or belief’ wordt de definitiebepaling van de richtlijn, en de hieraan ten grondslag liggende interpretatie van de VN-documenten, expliciet onderschreven. In deze richtsnoeren wordt bovendien gesteld dat ‘This freedom to manifest religion or believe e.g. in worship, observance, practice and teaching, potentially encompass a broad range of acts’.¹³ Waarbij

10 UNHCR 2004, p. 3.

11 Zie in het bijzonder, Human Rights Committee, *General Comment nr. 22*, aangenomen 20 juli 1993.

12 UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva: UNHCR 1979, re-edited 1992.

13 Council of the European Union, *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion and belief*, Foreign affairs Council meeting Luxembourg, 24 June 2013, Luxembourg: Council of Europe 2013.

voor indicatieve voorbeelden wordt verwezen¹⁴ naar het eerder genoemde VN-document betreffende het *General Comment nr. 22* van het UNHCR. Hierin worden verschillende voorbeelden van godsdienstige *praxis* genoemd:

‘The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship, the use of ritual formulae and objects, the display of symbols, and the observance of holidays and days of rest. The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as the observance of dietary regulations, the wearing of distinctive clothing or head coverings, participation in rituals associated with certain stages of life, and the use of a particular language customarily spoken by a group. In addition, the practice and teaching of religion or belief includes acts integral to the conduct by religious groups of their basic affairs, such as the freedom to choose their religious leaders, priests and teachers, the freedom to establish seminaries or religious schools and the freedom to prepare and distribute religious texts or publications.’

De verschillende beschrijvingen en voorbeelden van vormen van godsdienst (monotheïstisch, polytheïstisch en atheïstisch) en belijdenis geven inzicht in de vraag wat godsdienst en belijden concreet inhoudt, of kan inhouden. Tegelijkertijd valt echter op dat deze beschrijvingen erg abstract zijn geformuleerd en dat, hoewel er indicatieve voorbeelden worden gegeven, geen sprake is van een limitatieve opsomming. Met andere woorden er vindt geen begrenzing plaats van de betekenis van zowel godsdienst als van belijdenis. Ten aanzien van de betekenis van belijdenis is de volgende zinsnede van artikel 10 lid 1 van de richtlijn illustratief: ‘... andere religieuze activiteiten of uitingen, dan wel vormen van persoonlijk of gemeenschappelijk gedrag die op een godsdienstige overtuiging zijn gebaseerd of daardoor worden bepaald’. Met deze zinsnede wordt een soort restcategorie van vormen van belijden geïntroduceerd voor alle vormen die niet expliciet zijn omschreven. Dit is te begrijpen vanuit het beginsel van scheiding tussen kerk en staat. Een afgebakende opvatting van godsdienst en belijden zou theologische vooronderstellingen bevatten en bepaalde religies kunnen bevoordelen en andere benadelen. Daarmee is deze definiëring in belangrijke mate in lijn met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Het gevolg van deze definiëring is dat deze definitiebepalingen de indruk wekken alle potentiële religieuze uitingen en gedragingen te willen omvatten.

14 Deze kunnen we grotendeels al terugvinden in het oudere art. 6 van ‘The Declaration on the Elimination of all Forms of Intolerance and Discrimination based on Religion or Belief’ (1981).

Het voorgaande leert ons dat de betekenis van de vervolgingsgrond godsdienst voor de nationale rechtsorde vooral wordt bepaald door de definitie uit de richtlijn. Deze definitie is:

‘theïstische, niet-theïstische en atheïstische geloofsovertuigingen, het deelnemen aan of het zich onthouden van formele erediensten in de particuliere of openbare sfeer, hetzij alleen of in gemeenschap met anderen, andere religieuze activiteiten of uitingen, dan wel vormen van persoonlijk of gemeenschappelijk gedrag die op een godsdienstige overtuiging zijn gebaseerd of daarvoor worden bepaald’.

In principe kunnen alle overtuigingen en vormen van belijden hieronder worden geschaard, zowel individueel als collectief. We kunnen dan ook concluderen dat de nationale en EU-wetgever in het asielrecht uitgaan van een subjectiverende uitleg van godsdienst. De Europese wetgever brandt zijn vingers niet aan een begrensde of gesloten definitie van godsdienst. Op deze manier accommodeert de wet een pluraliteit van religieuze stromingen. Dit past bij het perspectief op neutraliteit zoals dat wordt verdedigd in het accommodationistische ideaaltype.

5.3 KWALIFICATIE VAN DE OVERTUIGING EN PRAXIS VAN EEN VREEMDELING ALS GODSDIENSTIG

5.3.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik kwalificatie van de overtuiging en praxis van een vreemdeling door een bestuursorgaan of de rechter. Bij de kwalificatie van de overtuiging en praxis van de vreemdeling als godsdienstig moet de vreemdeling bewijzen dat hij een bepaalde godsdienst heeft. In 6.3.2 bespreek ik hoe het bestuursorgaan dit bewijs beoordeelt. 6.3.3 vormt een nadere bespreking van de kwalificatiewijze die vervat ligt in deze beoordeling.

5.3.2 *Kwalificatie van de overtuiging en praxis als godsdienst op grond van ‘openbare bronnen’*

Indien een asielzoeker zich bij de aanvraag voor een verblijfsvergunning beroept op het feit dat hij of zij wordt vervolgd vanwege zijn godsdienst, dan moet het bestuursorgaan aan wie de aanvraag is gericht onderzoeken of de overtuiging en praxis van de asielzoeker inderdaad kunnen worden gekwalificeerd als zijn godsdienst. In deze subparagraaf bespreek ik de wijze waarop een vreemdeling in het asielrecht dient aan te tonen dat hij een specifieke geloofsovertuiging heeft. Het bestaan hiervan wordt op dezelfde manier als

de overige feiten en omstandigheden die in het asielrelaas naar voren komen getoetst op zijn geloofwaardigheid. Tot 20 juli 2015 was het vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) dat de beoordeling van de feiten en omstandigheden in het asielrelaas behoort tot de verantwoordelijkheid van de staatssecretaris.

De rechter toetste slechts of de staatssecretaris in redelijkheid tot zijn oordeel heeft kunnen komen (marginale toetsing). De rechter beoordeelde daarbij of de staatssecretaris zorgvuldig onderzoek had gedaan naar de gestelde geloofsovertuiging. Vanaf 20 juli 2015 is Richtlijn 2013/32/EU betreffende gemeenschappelijke procedures voor de toekenning en intrekking van de internationale bescherming (Procedurerichtlijn) geïmplementeerd. Deze richtlijn schrijft een volledig en *ex nunc* onderzoek voor. Dit betekent dat de rechter alle relevante omstandigheden bij zijn beoordeling moet betrekken, ook omstandigheden die pas zijn gaan spelen nadat het bestuursorgaan een beslissing heeft genomen. Hierdoor kan een vreemdeling bij de bestuursrechter aanvullende argumenten naar voren brengen, waarover de rechter zich moet uitlaten. De rechtspraak over de intensiteit van de rechterlijke toets hierover is nog in ontwikkeling.¹⁵

Over de bewijslast bepaalt artikel 31 Vw 2000 dat de vreemdeling de door hem aan zijn aanvraag ten grondslag liggende feiten en omstandigheden tegenover de minister (voor hem de staatssecretaris) aannemelijk moet maken. Artikel 3.35 VV 2000 nuanceert artikel 31 Vw 2000 enigszins door te stellen dat in beginsel de verklaringen van de vreemdeling en de daaraan ten grondslag liggende omstandigheden geloofwaardig worden geacht wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, zoals een samenhangend verhaal, oprechte inspanning om zijn aanvraag te staven, spoedig ingediende aanvraag.¹⁶ Aangaande de beoordeling van de geloofwaardigheid van een geloofsovertuiging stelt de ABRvS in het bijzonder:

‘Omdat het niet in de rede ligt dat de staatssecretaris zonder meer uitgaat van de door een vreemdeling gestelde geloofsovertuiging, maar het leveren van het bewijs door een vreemdeling gestelde geloofsovertuiging veelal niet mogelijk is, kan de staatssecretaris in het algemeen slechts aan de hand van door de vreemdeling afgelegde verklaringen over de gestelde geloofsovertuiging beoordelen of hij geloofwaardig acht dat een vreemdeling daadwerkelijk de gestelde geloofsovertuiging heeft.’¹⁷

Hieruit kunnen we opmaken dat de ABRvS stelt dat de staatssecretaris niet zonder meer ervan uit kan gaan dat er daadwerkelijk sprake is van een ge-

¹⁵ Haar & Douma, *TvRRB* 2016-1, p. 25.

¹⁶ ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, r.o. 2.

¹⁷ ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, r.o. 2.2.

loofsovertuiging. De staatssecretaris zal dit moeten toetsen aan de hand van de door de vreemdeling afgelegde verklaringen. De staatssecretaris beoordeelt de feiten en omstandigheden waarmee de vreemdeling zijn geloofsovertuiging wil aantonen, op grond van 'openbare bronnen'.¹⁸ Wanneer de feiten en omstandigheden¹⁹ die de vreemdeling aan zijn asielrelaas ten grondslag heeft gelegd overeenkomen met de informatie uit deze openbare bronnen, dan kan de overtuiging van de vreemdeling als geloofsovertuiging worden gekwalificeerd, in de zin dat er dan sprake is van een overtuiging die valt onder de wettelijke vervolgingsgrond godsdienst. De informatie uit deze openbare bronnen betreft onder andere informatie over de inhoudelijke betekenis en praxis van de betreffende geloofsleer. Indien de verklaringen van de vreemdeling niet zijn te rijmen met algemene kennis over de leer en praxis van de betreffende geloofsleer kan dit ertoe leiden dat de staatssecretaris de aangevoerde geloofsovertuiging niet als godsdienst kwalificeert. In het onderstaande bespreek ik hiervan twee voorbeelden:

In een zaak met betrekking tot de bekering van een vreemdeling tot Jehova's getuige²⁰ beoordeelde de ABRvS het asielrelaas als ongeloofwaardig omdat de vreemdeling als aspirant-dooptlid onvoldoende op de hoogte was van de inhoud van deze leer. Zo wist de vreemdeling niet dat

'de gebouwen waarin de Jehova's getuigen hun bijeenkomsten houden geen kerken worden genoemd, maar "Koninkrijkszalen" of "Kingdom Halls", en ook niet dat "Jehova's getuigen binnen hun leer de drie-eenheid pertinent afwijzen"'.²¹

Bovendien kon de vreemdeling geen duidelijke verklaringen afleggen over het leven na de dood volgens de leer van de Jehova's getuigen. Aangezien uit 'openbare bronnen' blijkt dat aspirant-dooptleden worden geacht de leer van de Jehova's getuigen in grote lijnen te kennen zou de vreemdeling volgens de minister deze vragen moeten kunnen beantwoorden.²¹

De uitspraak van 24 mei 2013 van de ABRvS is een ander fraai voorbeeld van het gebruik van kennis over de geloofsleer van een godsdienst (in dit geval het christendom).²² Het ging in deze zaak om een vreemdeling die vreesde voor vervolging bij terugkeer naar Iran aangezien hij – daar – was gedoopt en bekeerd tot het christendom. De staatssecretaris was op grond van de afgelegde verklaringen van de vreemdeling tot de conclusie gekomen

18 ABRvS 23 juli 2012, nr. 201201 598/1/V4, r.o. 2.5.

19 Een tamelijk recente manier van asielzoekers om hun (christelijke) geloofsovertuiging te 'bewijzen' schijnt het hebben van tatoeages te zijn, bijvoorbeeld van het crucifix.

20 ABRvS 23 juli 2012, nr. 201201 598/1/V4.

21 ABRvS 23 juli 2012, nr. 201201 598/1/V4, r.o. 2.5.

22 ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955.

dat zijn geloofsovertuiging ongeloofwaardig was. Hij kon onvoldoende antwoord geven op vragen zoals ‘wat is de betekenis van Pasen en Pinksteren’ en ‘wat is de naam van de kerk waar u gedoopt bent’?²³ In zijn grief tegen de uitspraak van de rechtbank²⁴ maakte de staatssecretaris kenbaar dat hij om de geloofwaardigheid van een geloofsovertuiging te toetsen gebruik maakt van een vragenlijst die tot stand is gekomen in overleg met onder meer kerkelijke instanties en met een organisatie die de belangen behartigt van christelijke asielzoekers. Hierin staan vragen over de motieven voor en het proces van bekering, waaronder de betekenis en praktische uitvoering van een eventuele doop en doopplechtigheid, en over de persoonlijke betekenis van de bekering of de geloofsovertuiging voor een vreemdeling. Daarnaast staan er vragen in die betrekking hebben op algemene, basale kennis van de geloofsleer en geloofspraktijk. Bijvoorbeeld over de betekenis van Pasen en Pinksteren en wanneer de kerkgang onderdeel is van de geloofsovertuiging van de vreemdeling, over de naam van de kerk, het tijdstip van de eredienst of de mis, en de liturgie. Ten slotte wordt bij de beoordeling van de antwoorden op genoemde vragen betrokken hoe de vreemdeling in Nederland zijn geloof in woord en daad beleeft.²⁵ De ABRvS gaat mee in de redenering van de Immigratie en naturalisatiedienst (IND) dat van iemand die zich bekeert tot een bepaalde religie, bijvoorbeeld het christendom, op zijn minst mag worden verwacht dat hij weet wie hem heeft gedoopt en in welke kerk. Tot slot overweegt ze dat ook de betekenis van Pasen voor een christen niet onbekend kan zijn.

De vraag is of dit standpunt van de ABRvS in overeenstemming is met haar eerdere uitspraak van 2004. Daarin oarmde zij namelijk het hierboven genoemde uitgangspunt dat er geen directe correlatie bestaat tussen feitenkennis van de geloofsleer en geloofsbeleving. Ten aanzien van zeer feitelijke vragen van de IND over de geloofsleer naar aanleiding van een bekering tot het rooms-katholicisme overwoog de ABRvS dat de aannemelijkheid van iemands bekering niet overwegend mag afhangen van

‘... de beoordeling van de mate van juistheid waarmee de appellant de hem gestelde zeer feitelijke vragen heeft beantwoord, nu zulks op zichzelf geen uitsluitel biedt over de geloofsbeleving van appellant en appellant er geen blijk van heeft gegeven in het geheel niet over kennis van het christelijke geloof te beschikken.’²⁶

23 ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, r.o. 6.

24 Rb. ‘s-Gravenhage 11 augustus 2011, nr. 10/43525.

25 ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, r.o. 3.4.

26 ABRvS 23 september 2003, nr. 200302654/1, r.o. 2.3.

Met deze uitspraak heeft de ABRvS een lijn getrokken die terugkomt in meerdere uitspraken.²⁷ In haar uitspraak van 24 mei 2013 stelt de ABRvS echter dat vragen zoals die naar de naam van de kerk en naar de naam van de priester die de doop heeft voltrokken, geen louter feitelijke vragen zijn over de geloofsleer, maar ook betrekking hebben op het proces van bekering. Ze zouden niet losstaan van de geloofsbeleving of innerlijke geloofsovertuiging van de vreemdeling. Ook de vraag naar de betekenis van Pasen is in de zienswijze van de ABRvS geen louter feitelijke vraag over de geloofsleer, maar ook een vraag naar de geloofsbeleving omdat Pasen binnen het christendom wordt beschouwd als één van de hoogtijdagen.²⁸

De ABRvS meent dat zij met deze vragen niet blijft hangen in het toetsen van de leer van een bepaalde religie en daarmee voorbij gaat aan de wezenlijke vraag of iemand daadwerkelijk een innerlijke geloofsovertuiging heeft. Daarmee geeft de ABRvS blijk van de opvatting dat het bestaan van een innerlijke geloofsovertuiging aan het licht kan worden gebracht door te informeren naar verifieerbare feiten die met deze overtuiging samenhangen. Het gevaar ligt dan echter nog steeds op de loer dat de vorm (het verstrekken van juiste feiten) belangrijker wordt dan de inhoud (het hebben van de innerlijke overtuiging). Wanneer men zich de naam van de kerk en priester niet meer weet te herinneren betekent dit immers niet dat men geen innerlijke geloofsovertuiging heeft. Aan de andere kant is het bijna niet denkbaar dat iemand die serieus een bepaalde (traditionele) geloofsovertuiging heeft aangenomen zich geen enkel uiterlijk detail kan herinneren van dit proces van innerlijke bekering. Alleen in het zeldzame geval dat het een zuiver subjectieve geloofsinhoud betreft (d.w.z. een zuiver geestelijke) is het voor te stellen dat een vreemdeling niet in staat is om hierover verifieerbare informatie te verschaffen.

Van Halder betoogt dat men zich bij het toetsen van de oprechtheid van een geloofsovertuiging moet richten op motivatie- en contextvragen. Dit zijn vragen naar religieuze ervaringen, het proces van bekering, de wijze van verering en de plaats waar dit gebeurt, de waarde van religie voor de vreemdeling, de algemene principes van de betreffende religie.²⁹ Er valt veel voor te zeggen dat de IND *de facto* een dergelijke benadering hanteert. De vragen die de IND stelt in de hiervoor besproken uitspraken kunnen worden omschreven als motivatie- en contextvragen. Het stellen van vragen over de naam van de kerk en de priester zijn voorbeelden van vragen over de wijze van verering en de plaats waar dit gebeurt. Ook stelt de IND vragen over de al-

27 Zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem 26 april 2007, ECLI:NL:RGARN:2007:BA8012; Rb. Haarlem 7 december 2007, AWB 07/40039; Rb. Zwolle 9 oktober 2009, AWB 09/30516; Rb. Almelo 2 september 2010, AWB 09/5811.

28 ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955, r.o. 3.3.

29 Van Halder 2010, p. 477.

gemene principes van een godsdienst, zoals de vraag naar de betekenis van Pasen of de vraag naar de betekenis van de drie-eenheid binnen de religieuze stroming van de Jehova's getuigen.

Musalo benadrukt het belang van experts voor het verschaffen van betrouwbare informatie over de betreffende religie.³⁰ Ook dit belang lijkt de IND te onderkennen. De IND maakt in zijn afweging, in ieder geval met betrekking tot christenen, gebruik van dergelijke adviezen door kerkelijke instanties te raadplegen.³¹ Ook de rechtbank doet dit in sommige gevallen. Zo werd in een zaak voor de Rechtbank van Zwolle over een vermeende bekering van een asielzoeker grote waarde gehecht aan het deskundigenoordeel van de landelijke scriba (secretaris) van de Protestantse Kerk in Nederland (PKN).³² In de literatuur en jurisprudentie is een beweging zichtbaar die erkent dat de objectivering van de oprechtheid louter op basis van feitelijke kennisvragen over de geloofsleer van een godsdienst als onvoldoende betrouwbaar wordt erkend. Om die reden tracht men deze vragen te combineren met motivatie- en contextvragen die betrekking hebben op feiten waaruit de beleving van de godsdienst door de vreemdeling blijkt. Daarnaast groeit het besef dat deskundig advies over de betekenis en beleving van godsdienst van belang is.

We zien in de jurisprudentie over de aanvraag van een asielverblijfsvergunning in het kader van vervolging op grond van godsdienst dat niet zozeer de vraag aan de orde is 'wat telt als godsdienst', maar meer de vraag naar de betrouwbaarheid van het relaas van de asielzoeker. In feite gaat het dus om de oprechtheid van een asielzoeker. Die wordt objectiverend tegemoet getreden. De asielzoeker moet bewijzen dat hij de betreffende godsdienst aanhangt. De vraag naar de oprechtheid van de asielzoeker wordt echter niet los gezien van de vraag naar de betekenis van godsdienst. Weliswaar gaan de bestuursorganen en de rechter ervan uit dat godsdienst niet kan worden gezien als een theoretische abstractie los van persoonlijke beleving, toch houden ze vast aan het verifiëren van bepaalde 'feiten' over de geloofsleer van de betreffende godsdienst (de algemene principes). We kunnen daarom stellen dat men de geloofwaardigheid van het asielrelaas op minimale wijze toetst aan de hand van een zeker objectief begrip van een specifieke godsdienst. Het idee van algemene principes veronderstelt immers een minimaal objectief kader waarbinnen de geloofsleer van een bepaalde godsdienst kan worden geplaatst. Het bestuursorgaan en de rechter komen aan deze algemene principes op basis van een algemeen gangbare uitleg van de leer en de praktijk van de betreffende geloofsovertuiging en op grond van

30 Musalo, *International Journal of Refugee Law* 2004, p. 225.

31 Zie het hiervoor besproken voorbeeld van de Iraanse christen: ABRvS 24 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0955.

32 Rb. Zwolle 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4235.

adviezen van deskundigen (bijvoorbeeld kerkelijke instanties). Wat godsdienst is, wordt dus niet uitsluitend bepaald aan de hand van de verklaring van de vreemdeling (subjectiverende kwalificatie), maar ook op basis van algemene opvattingen (opvattingen van derden). De conclusie moet dan ook zijn dat men in de asielprocedure zowel ten aanzien van de betrouwbaarheid van het asielrelaas als ten aanzien van de kwalificatie van godsdienst een meer objectiverende kwalificatie hanteert.

5.3.3 *Legitimatatie van de objectiverende kwalificatie*

De objectiverende kwalificatiewijze van de oprechtheid van de asielzoeker is te begrijpen vanuit de angst dat men bij de hantering van een subjectiverende kwalificatiewijze de deuren wijd openzet voor misbruik. Het is niet ondenkbaar dat vreemdelingen zich, om hier ter lande als vluchtelingen te worden opgenomen, zullen bedienen van een 'leugentje om eigen bestwil'. Het zou naïef zijn om te veronderstellen dat vreemdelingen godsdienst niet zouden misbruiken om zodoende een verblijfsvergunning te krijgen.³³ Men wil vermoedelijk voorkomen dat asielzoekers dan in grote getallen gaan claimen dat ze worden vervolgd vanwege hun godsdienstige overtuiging, om op die manier gemakkelijk een verblijfsvergunning te krijgen.

Bij de beoordeling van de oprechtheid van het relaas van de asielzoeker is het van belang dat zijn innerlijke vrijheid wordt gerespecteerd, dat wil zeggen, zijn recht op bescherming van het *forum internum*: dat is de persoonlijke vrijheid om (godsdienstige) opvattingen en een geweten te hebben. Die innerlijke vrijheid kan geschonden worden wanneer hij wordt gedwongen om een verklaring af te leggen over zijn geloof (en diepste gevoelens) of wanneer de overheid over religieuze of morele waarheidsclaims een waardering uitspreekt.³⁴ Dit gebeurt echter niet in de asielpraktijk. Er is geen sprake van dwang. Een asielzoeker hoeft geen verklaring af te leggen over zijn geloofsbeleving. De kans is dan echter wel groot dat zijn aanvraag als ongeloofwaardig wordt beschouwd. Ook richten de bestuursorganen en de rechter zich bij het bepalen van de geloofwaardigheid van het relaas van een asielzoeker op (uitwendige) feiten over de geloofsleer en de geloofsbeleving en

³³ Zie Butter 2017.

³⁴ Vermeulen brengt de bescherming van de innerlijke moraliteit onder het *forum internum*, het gebied van de godsdienstvrijheid dat traditioneel wordt gezien als recht op gewetensvrijheid in de vorm van een inquisitieverbod. Hij wijst daarbij erop dat het recht een uiterlijke ordening is, het is externe legaliteit. Hij refereert voor de herkomst van dit idee aan Grotius, Pufendorf, Thomasius en (ook) Kant. Zie Vermeulen 1989, p. 63.

onthouden ze zich van een waardering van de diepste (godsdienstige) gevoelens van de asielzoeker.

Zoals gezegd wordt in de asielpcedure de kwalificatie van de oprechtheid van de asielzoeker en de kwalificatie van diens godsdienst niet geheel gescheiden. Toch zou dit wel mogelijk moeten zijn. Men zou de oprechtheid van asielzoeker kunnen toetsen zonder daarbij gebruik te maken van een geobjectiveerd beeld van godsdienst. Dus bijvoorbeeld zonder vragen te stellen over Pinksteren en Pasen. Men moet dan enkel vragen stellen over de beleving en ervaring van de asielzoeker. Waarom men in sommige gevallen vasthoudt aan een objectief beeld van een specifieke godsdienst is niet duidelijk. Misschien dat dit gemakshalve gebeurt of omdat men enkel ervarings- en belevingsvragen te onbetrouwbaar acht. Een dergelijke benaderingswijze staat echter niet open voor excentrieke, eigenzinnige geloofsopvattingen. Daarmee kunnen we het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme associëren. Teneinde grip te houden op het verlenen van verblijfsvergunningen is het referentiekader beperkt tot de bekende en traditionele godsdiensten. Vanuit een accommodationistisch perspectief zou men kunnen beargumenteren dat met deze kwalificatiewijze traditionele en bekende godsdiensten worden bevoordeeld.

5.4 HIËRARCHISCHE RANGSCHIKKING VAN GODSDIENSTIGE UITINGEN EN GEDRAGINGEN

5.4.1 Inleiding

Volgens artikel 9 lid 1a van Richtlijn 2004/83³⁵ is er sprake van een daad van vervolging op grond van godsdienst indien de godsdienstvrijheid (of een ander in artikel 15 lid 2 EVRM genoemd grondrecht) op ernstige wijze wordt geschonden. De vraag die dit oproept is wanneer er sprake is van een ernstige schending van de godsdienstvrijheid. Deze vraag heeft op het eerste gezicht niets van doen met het begrip van godsdienst. Toch is dit niet juist. De HvJEU heeft in een prejudiciële procedure met de beantwoording van deze vraag een nieuw perspectief gegeven op de juridische betekenis van godsdienst en op de wijze hoe uitingen en gedragingen als godsdienstig moeten worden gekwalificeerd. In zijn uitspraak uit 2012 wijst het HvJEU een opvatting over godsdienst af die tot voor kort in de jurisprudentie ten grondslag lag aan de beantwoording van de vraag wat een ernstige schending van de godsdienstvrijheid is. Voordat ik hierop uitgebreid inga, zal ik eerst de aanleiding voor de uitspraak van het HvJEU schetsen.

35 Geïmplementeerd in artikel 3.36 VV 2000.

De aanleiding voor de uitspraak van het HvJEU waren prejudiciële vragen afkomstig van het Duitse *Bundesverwaltungsgericht*. De prejudiciële vragen werden gesteld in het kader van de Duitse zaken van twee Pakistaanse Ahmadi's (een islamitische minderheid), waarvan de leden in Pakistan drie jaren gevangenisstraf kunnen krijgen als zij zichzelf aanmerken als islamieten of hun geloof prediken. De vraag die in deze zaken speelde was of van deze Ahmadi's in Pakistan een zekere terughoudendheid in hun godsdienstige praxis (afzien van het in het openbaar belijden van hun godsdienst) verwacht mag worden.

Voor de beantwoording van deze vraag diende het *Bundesverwaltungsgericht* te weten of een beperking van de godsdienstvrijheid reeds kan worden beschouwd als daad van vervolging. Artikel 9 lid 1 onder a van de richtlijn geeft maar ten dele duidelijkheid hierover. Wel noemt dit artikel twee algemene vormen die kunnen worden getypeerd als een daad van vervolging. Ten eerste een *ernstige* schending van mensenrechten en ten tweede een schending van één van de in artikel 15 lid 2 EVRM genoemde mensenrechten (artt. 2, 3, 4 lid 1 en 7 EVRM). Het *Bundesverwaltungsgericht* stelde aan het HvJEU in het kader van de eerste vorm de vraag wanneer een inbreuk op artikel 9 EVRM neerkomt op een daad van vervolging. Anders gezegd, wanneer is er sprake van een dermate ernstige schending van de godsdienstvrijheid dat die kan worden gecategoriseerd als een daad van vervolging? Het *Bundesverwaltungsgericht* opperde in zijn vraagstelling aan het HvJEU dat dit wellicht alleen het geval is wanneer de kern (kerngebied) van de godsdienstvrijheid wordt geschonden. Tegelijk met deze suggestie wierp het de vraag op wat, als er inderdaad zoiets zou zijn als een kern, deze kern dan zou moeten inhouden. Met andere woorden, wat de reikwijdte ervan zou moeten zijn. Beperkt dit zich tot de geloofsbelijdenis en geloofsbeleving thuis en in beperkte kring of zou het ook bepaalde geloofsbeleving in het openbaar moeten omvatten?

In aansluiting op de overweging dat er wellicht sprake kan zijn van een kern van de godsdienstvrijheid stelde het *Bundesverwaltungsgericht* tevens de vraag of de vreemdeling zelf de autonomie moet worden gelaten om te bepalen wat voor hem geldt als een belangrijke uiting of handeling van zijn geloof (de kern) of dat vereist is dat de geloofsgemeenschap waartoe de vreemdeling behoort deze uiting of gedraging beoordeelt als een centraal bestanddeel van haar geloofsleer.³⁶

De problematiek die het *Bundesverwaltungsgericht* naar voren brengt, lijkt niet te zijn gericht op de vraag wanneer het hebben een overtuiging, of het doen van een uiting of gedraging, gekwalificeerd moet worden als godsdienst. De problematiek heeft betrekking op de vraag wanneer er sprake is

36 HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11, r.o. 46.

van een daad van vervolging. Toch zit er een aspect aan deze problematiek die belangrijke consequenties heeft voor de vraag 'wat telt als godsdienst'.

Dit aspect komt tot uitdrukking in de 'suggestie' van het *Bundesverwaltungsgericht* om de godsdienstvrijheid op te delen in een kern- en een perifeer gebied. Daarmee laat het *Bundesverwaltungsgericht* een bepaalde opvatting over de betekenis van godsdienst doorschemeren die gangbaar was in de jurisprudentie omtrent asielverzoeken.

In het navolgende bespreek ik in 5.4.2 het antwoord van het HvJEU op de vraag wanneer er sprake is van een daad van vervolging en de consequenties die dit antwoord heeft voor de juridische betekenis van godsdienst. Vervolgens bespreek ik in 5.4.3 de wijze waarop in het verleden in de Nederlandse rechtsorde deze vraag werd beantwoord en welke opvatting van godsdienst hieraan ten grondslag lag. Tot slot behandel ik in 5.4.4 het verschil in benadering van deze problematiek tussen het HvJEU aan de ene kant en het EHRM en de nationale rechter aan de andere kant. Deze paragraaf sluit ik in 5.4.5 af met een deelconclusie.

5.4.2 *Forum internum en forum externum*

In zijn uitspraak van 5 september 2012 stelt het HvJEU³⁷ dat een aantasting van de *uiterlijke beleving* van de godsdienstvrijheid al kan volstaan om te spreken van een daad van vervolging in de zin van artikel 9 lid 1 onder b van de richtlijn.³⁸ Het HvJEU vindt dat de autoriteiten van het land van aankomst dienen te onderzoeken of de wijze waarop de vreemdeling zijn godsdienst in uiterlijke zin 'beleeft', in het land van herkomst aanleiding vormt voor vervolging of onmenselijke of vernederende behandelingen. Indien dit het geval is, geniet deze vreemdeling de vluchtelingenstatus en dient hij in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning. Wanneer de vreemdeling bijvoorbeeld meent dat evangeliseren een belangrijk onderdeel is van zijn godsdienst en in het land van herkomst evangeliseren als strafbaar delict in de wet is opgenomen, dan zou dit al voldoende zijn om te spreken van een daad van vervolging en daarmee voor het verlenen van een verblijfsvergunning. Het HvJEU onderbouwt dit oordeel met het argument dat van een vreemdeling niet mag worden verlangd dat hij zich in het land van herkomst, om

37 HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11 (*Bondsrepubliek Duitsland v Y respectievelijk Z*), *JV* 2012/403, m.nt. H. Battjes; *EHCR* 2013/1, m.nt. Aarrass en De vries. Zie ook over dit arrest Den Heijer, *Asiel & Migratierecht* 2012, p. 344-346.

38 Het gaat dan om een aantasting of schending die niet gelegitimeerd kan worden op grond van de wettelijke beperkingsclausule van art. 9 EVRM.

vervolging te voorkomen, terughoudend zal opstellen bij de uitoefening van zijn geloofsovertuiging (het zogenoemde discretievereiste).³⁹

Het HvJEU wijkt in zijn uitspraak af van de met name in Duitsland heersende *opinio iuris* dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de handelingen die een 'kerngebied' (*forum internum*)⁴⁰ van het grondrecht op godsdienstvrijheid aantasten, waaronder niet de godsdienstige activiteiten in het openbaar (*forum externum*) vallen, en die welke dit gestelde 'kerngebied' niet aantasten. Volgens het HvJEU staat de definitiebepaling van godsdienst in artikel 10 lid 1 onder b van de richtlijn de opsplitsing in een *forum internum* en een *forum externum* niet toe. De in deze bepaling gegeven definitie van godsdienst als vervolgingsgrond zou 'al zijn bestanddelen in aanmerking nemen, ongeacht of die openbaar of privé, gemeenschappelijk of individueel zijn'.⁴¹ Het HvJEU benadrukt het belang van een subjectiverende kwalificatiewijze. Het gevaar voor vervolging zou naast objectieve factoren ook moet worden beoordeeld vanuit subjectieve factoren:

'De subjectieve omstandigheid dat het in het openbaar beleven van een bepaalde godsdienstige praktijk, waartegen de betwiste beperkingen zijn gericht, bijzonder belangrijk is voor de betrokkene om zijn godsdienstige identiteit te bewaren, vormt een relevante factor bij de beoordeling van het gevaar waaraan de verzoeker wegens zijn godsdienst in zijn land van herkomst zal worden blootgesteld, zelfs indien voor de betrokken religieuze gemeenschap het beleven van een dergelijke godsdienstige praktijk niet bepalend is.'⁴²

Met deze uitspraak geeft het HvJEU blijk van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst en doorkruist daarmee een meer afgebakende definitie van godsdienst door middel van de kernrechtbenadering. De kernrechtbenadering veronderstelt immers, waarschijnlijk in het licht van de grote traditionele godsdiensten, dat religieuze uitingen en gedragingen kunnen worden geclassificeerd. De kernrechtbenadering gaat in zijn algemeenheid⁴³ ervan uit dat aan bepaalde religieuze uitingen en handelingen meer prioriteit toekomt dan aan andere. Met andere woorden, dat er een bepaalde hiërarchie is tus-

39 HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11, r.o. 79.

40 Het HvJEU gebruikt een iets andere betekenis van het *forum internum* van de godsdienstvrijheid dan gebruikelijk in de Nederlandse literatuur over de godsdienstvrijheid. Het gaat uit van een begrip dat neerkomt op de vrijheid van het individu om in zijn privésfeer (huiselijk) godsdienst te belijden. In de Nederlandse literatuur ziet het *forum internum* daarentegen vooral op de innerlijke sfeer van het individu: het hebben van (godsdienstige) gedachten, opvattingen en een geweten.

41 HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11, r.o. 63.

42 HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11, r.o. 70.

43 Algemeenheid (algemene geldigheid) is hetzelfde als objectiviteit.

sen godsdienstige uitingen en gedragingen die wordt bepaald door het onderscheid in een privé en publiek domein.

De kernrechtbenadering lijkt te zijn te geïnspireerd door het liberale ideaal van een scheiding tussen een privé en een publiek domein.⁴⁴ Liberalen veronderstellen dat zolang het private domein maar gevrijwaard blijft van overheidsbemoeienis de essentie van het grondrecht gewaarborgd blijft. Wanneer bijvoorbeeld een christen de mogelijkheid heeft om thuis op de bank met zijn gezin de Bijbel te lezen dan zou vanuit dit perspectief kunnen worden beargumenteerd dat de kern van het grondrecht is gewaarborgd, terwijl een verbod op evangeliseren slechts begrepen wordt – gezien vanuit het beeld van de behoefte-piramide van Maslow – als een luxe die niet noodzakelijk is voor het hebben van een christelijke levensovertuiging. Deze visie op godsdienst heeft met deze uitspraak aan kracht ingeboet. Uit het arrest van het HvJEU kunnen we opmaken dat de vraag in hoeverre een godsdienstige handeling behoort tot het kerndomein van de betreffende godsdienst, in belangrijke mate toekomt aan de vreemdeling zelf. Wanneer bepaalde uitingen en handelingen door de vreemdeling worden ervaren als een belangrijk onderdeel van zijn godsdienst, dan dient de rechter daarmee in zijn afweging rekening te houden. De objectiverende kwalificatie van religieuze uitingen en gedragingen bestaande in de opvatting dat een gedraging moet zijn te herleiden tot bijvoorbeeld een algemene, in de traditie gewortelde gemeenschappelijke praktijk, wordt met een dergelijke subjectiverende kwalificatie losgelaten.⁴⁵ De benadering van het HvJEU past in een accommodationistisch ideaal op grond waarvan religieuze diversiteit zoveel mogelijk in de rechtsorde wordt geacommodeerd.

5.4.3 *Onderscheid forum externum en forum internum in de Nederlandse rechtspraak*

De uitspraak van het HvJEU kan grote gevolgen hebben voor de wijze waarop in Nederland asielverzoeken worden behandeld, met name bij in Nederland bekeerde vreemdelingen (de zogenoemde *sur place*-zaken). Voorheen klonk het onderscheid tussen het *forum internum* en het *forum externum* als grondtoon door in het beleid en de rechtspraak. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de besluiten van 13 juli 2007, nr. 2007/15 en 9 november 2011, nr. 2011/14 tot wijziging van de Vreemdelingendecret (Vc) 2000.⁴⁶ In de aan deze beslui-

⁴⁴ Zie hierover uitgebreid 4.3.2.

⁴⁵ Vgl. Vermeulen & Woltjer 2013, p. 3.

⁴⁶ Besluit van 13 juli 2007, *Stcrt.* 2010, nr. 143, p. 8; Besluit van 9 november 2011, *Stcrt.* 2012, nr. 20850.

ten ten grondslag liggende ambtsberichten⁴⁷ (inzake Iran⁴⁸) van de minister van Buitenlandse Zaken wordt gesteld dat het enkele feit dat een persoon geboren christen is of tot het christendom is bekeerd, niet voldoende is om aan te nemen dat er sprake is van vervolging bij terugkeer. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen tot het christendom bekeerde voormalige moslims die tevens moslims trachten te bekeren tot het christendom en zij die dat niet doen. Tegelijkertijd wordt in het ambtsbericht nadrukkelijk een relatie gelegd tussen evangeliseren en vervolging. Dit wijst erop dat hoewel de overheid zich bewust is van het feit dat evangeliseren tot vervolging kan leiden, dit geen reden is voor een verschillend beleid ten aanzien van christenen die wel en die niet willen evangeliseren in het land van herkomst. In beide gevallen is de situatie onvoldoende om in aanmerking te komen voor een verblijfsvergunning. Dit uitgangspunt impliceert dat christenen – willen ze in Iran aan vervolging ontkomen – zich dienen te onthouden van bekeringsactiviteiten. De overheid gaat daarbij voorbij aan de vraag hoe belangrijk het evangeliseren voor deze christenen is en veronderstelt dat het ook mogelijk is om christen te zijn zonder bekeringsactiviteiten. Aan deze opvatting ligt een idee ten grondslag over wat de kern en wat de ‘periferie’ is van een godsdienst, waarbij bekeringsactiviteiten tot de laatste worden gerekend. In een later ambtsbericht komt dit uitgangspunt nog wat explicieter naar voren wanneer de overheid erkent dat volgelingen van huiskerken in Iran mogelijk een doelwit kunnen zijn van vervolging maar dat, zolang ze een laag profiel aanhouden, ze in de regel in relatieve rust hun geloof kunnen belijden. ‘Voorkomen dient te worden dat de bijeenkomsten te veel zichtbaar worden voor de omgeving...’.⁴⁹

Ook in de rechtspraak ging men ervan uit dat van een vreemdeling die een reëel risico loopt op vervolging, mag worden verwacht dat hij zich in het land van herkomst terughoudend opstelt wat het verrichten van bekeringsactiviteiten betreft (het zogenaamde discretievereiste).⁵⁰ In een reeks van uitspraken⁵¹ komt de beleidslijn van de staatssecretaris naar voren dat van een

47 De ambtsberichten van de minister van Buitenlandse zaken zijn een belangrijke ‘feitenbron’ voor de totstandkoming van wet- en regelgeving. Volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS kan een ambtsbericht van de minister van Buitenlandse Zaken, als het op een onpartijdige, objectieve en inzichtelijke wijze informatie verschaft, worden aangemerkt als een deskundigenadvies op grond waarvan het bestuursorgaan zijn besluitvorming mag baseren bij de beoordeling van asielaanvragen. Zie o.a. ABRvS 16 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8679.

48 Paragraaf C 24/Iran Vc 2000, 3.7 (versie 1 jan 2008).

49 Rb. ‘s Gravenhage 1 maart 2012, ECLI:NL:RBGR:2012:BV8668, r.o. 2.21.

50 Vermeulen & Van de Sluis 2016, p. 123.

51 Zie o.a. ABRvS 19 januari 2011, nr. 201007538/1/V1; ABRvS 4 oktober 2010, nr. 200902318/1/V2; ABRvS 19 januari 2011, nr. 201006499/1/V1; ABRvS 19 januari 2011, nr. 201006502/1/V1.

vreemdeling mag worden verwacht dat hij in zijn land van herkomst afziet van bekeringsactiviteiten teneinde vervolging te voorkomen.

Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de ABRvS van 19 januari 2011. Hierin ging het om een uit Iran gevluchte moslim die zich in Nederland tot het christendom bekeerde. De vreemdeling betoogt – onder andere op grond van ambtsberichten met betrekking tot Iran – dat bekering tot het christendom in Iran wordt begrepen als afvalligheid en een reëel risico meebrengt op vervolging. Hierop voortbouwend stelt de vreemdeling dat niet van hem kan worden verwacht dat hij zijn geloof verborgen zal houden en zal afzien van bekeringsactiviteiten. De ABRvS neemt ten aanzien van dit betoog het standpunt van de minister over dat erop neerkomt dat de enkele bekering tot het christendom geen aanleiding is voor de statusverlening van vluchteling. Bovendien stelt de ABRvS dat:

‘het in artikel 9 van het EVRM neergelegde recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst de Verdragsstaten er niet toe verplicht vreemdelingen bescherming te bieden reeds omdat dezen hun godsdienst in hun land van herkomst niet op gelijke wijze kunnen uitoefenen als in de Verdragsstaat waar om toelating is verzocht.’⁵²

Volgens de ABRvS staat artikel 9 van het EVRM niet eraan in de weg dat de minister van de vreemdeling mag verwachten dat hij zich terughoudend opstelt in zijn geloofsuitingen en gedragingen. De ABRvS beschouwt het uitgangspunt van de staatssecretaris derhalve als valide en verwijst daarbij in haar uitspraken naar een uitspraak van het EHRM.⁵³ Daarin ging het om een klacht tegen het Verenigd Koninkrijk van twee vreemdelingen die beweerden dat zij in hun land van herkomst, Pakistan, niet openlijk hun christelijke geloof konden belijden en vanwege deze in hun zienswijze ernstige schending van de godsdienstvrijheid in aanmerking dienden te komen voor een verblijfsvergunning. Het EHRM overwoog dat:

‘On a purely pragmatic basis, it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country where the conditions are in full and effective accord with each of the safeguards of the rights and freedoms set out in the Convention.’

En:

‘Where however an individual claims that on return to his own country he would be impeded in his religious worship in a manner which falls short of

⁵² ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2541, nr. 201007538/1/V1, r.o. 2.2.

⁵³ EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05.

those proscribed levels, the Court considers that very limited assistance, if any, can be derived from Article 9 by itself. Otherwise it would be imposing an obligation on Contracting States effectively to act as indirect guarantors of freedom of worship for the rest of world.’⁵⁴

Het EHRM oordeelde vervolgens dat het in deze zaak slechts ging om een lichte beperking van de godsdienstvrijheid op grond waarvan de vreemdelingen geen recht tot een verblijfsvergunning konden ontlenen. Daarbij stelde het EHRM ‘... that it would be difficult to visualise a case in which a sufficiently flagrant violation of Article 9 would not also involve treatment in violation of Article 3 of the Convention’.⁵⁵ Hieruit kan worden afgeleid dat een schending van artikel 9 EVRM pas als een daad van vervolging zal worden aangemerkt als deze schending tevens de vrees voor schending van artikel 3 EVRM (foltering, onmenselijke behandeling/bestrafing) met zich brengt. Daarvan was volgens het EHRM in deze zaak geen sprake:

‘... the applicants have not shown that they are personally at such risk or are members of such a vulnerable or threatened group or in such a precarious position as Christians as might disclose any appearance of a flagrant violation of Article 9 of the Convention.’⁵⁶

5.4.4 *Verskil in benadering tussen het EHRM en HvJEU*

Opmerkelijk is dat het HvJEU met zijn uitspraak van 5 september 2012 de redeneerlijn van het EHRM enigszins afbuigt. Ten eerste impliceert de uitspraak van het EHRM dat er pas sprake kan zijn van een daad van vervolging wanneer deze schending tevens een vrees voor schending van artikel 3 EVRM inhoudt. Het HvJEU overwoog daarentegen voorop dat een daad van vervolging reeds het resultaat kan zijn van een aantasting van de godsdienstvrijheid, los van de vraag of deze aantasting ook een vrees voor schending van artikel 3 EVRM impliceert. Ten tweede overwoog het EHRM dat artikel 9 EVRM de verdragsstaten er niet toe verplicht vreemdelingen bescherming te bieden als zij hun godsdienst in hun land van herkomst niet op gelijke wijze kunnen uitoefenen als in de verdragsstaat waar om toelating is verzocht. Met deze stellingname bevestigt het EHRM het idee dat er een

54 EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *RJ&D ECHR* 2006-III, *JV* 2006, 274 (*Z en T v Verenigd Koninkrijk*), p. 7.

55 EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *RJ&D ECHR* 2006-III, *JV* 2006, 274 (*Z en T v Verenigd Koninkrijk*), p. 7.

56 EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05, *RJ&D ECHR* 2006-III, *JV* 2006, 274 (*Z en T v Verenigd Koninkrijk*), p. 8.

klasse bestaat tussen verschillende godsdienstige uitingen en gedragingen, zoals dit ook naar voren komt in het onderscheid tussen het *forum internum* en *forum externum* en in het uitgangspunt van de ABRvS (en de staatssecretaris). Immers, wanneer het land van herkomst aan een vreemdeling niet dezelfde mate van bescherming hoeft te garanderen als het land van aankomst, impliceert dit dat een zekere aantasting van de godsdienstvrijheid door de vreemdeling dient te worden geaccepteerd. Maar, de vraag is dan welke aantasting wel en welke niet dient te worden geaccepteerd? Daarmee maakt deze redenering de weg vrij voor het idee dat een godsdienst altijd een bepaalde rangorde veronderstelt in godsdienstige uitingen en gedragingen.

Het HvJEU dicht daarentegen een belangrijke rol toe aan de beleving van de vreemdeling. Wanneer die vindt dat zijn godsdienstvrijheid is aangetast dan dient het land van aankomst daar grote waarde aan te hechten, zelfs indien voor de betrokken religieuze gemeenschap het beleven van een dergelijke godsdienstige praktijk niet bepalend is. Daarbij stelt het HvJEU de godsdienstvrijheid in uiterlijke zin centraal. Dat wil zeggen dat een aantasting ervan alleen een daad van vervolging kan opleveren wanneer het gaat om de godsdienstbeleving die voor de buitenwereld kenbaar is, waarmee weliswaar de innerlijke geloofsovertuiging wordt uitgesloten maar voor het overige alle mogelijke uitingen en gedragingen zijn inbegrepen. De consequentie is dat aan de vreemdeling de vrijheid wordt gelaten zelf te bepalen wat voor hem geldt als een belangrijke godsdienstige uiting of gedraging en daarmee een breuk met de leer van het onderscheid tussen het *forum internum* en *forum externum*. Het idee dat er op een objectiverende manier kan worden vastgesteld welke uitingen en gedragingen behoren tot de kern van een godsdienst, en dat de rechter daaraan kan toetsen, wordt daarmee losgelaten.

We kunnen stellen dat in tegenstelling tot het HvJEU de Nederlandse benadering en de benadering van het EHRM veronderstellen dat godsdienstige uitingen en gedragingen kunnen worden gerangschikt in een privé en publiek domein. Ze geven daarmee een inhoudelijke duiding van godsdienst. Deze benadering past bij het ideaal van het liberaal gezindteliberalisme waarin het onderscheid tussen een privé domein en een publiek domein een belangrijk uitgangspunt is.

Overigens heeft de uitspraak van het HvJEU geleid tot aanpassing van het nationale beleid en jurisprudentie. Bij uitspraak van 20 juli 2015⁵⁷ overweegt de ABRvS conform de uitspraak van het HvJEU dat:

‘(...) de staatssecretaris van een vreemdeling niet mag verwachten dat hij zich, om vervolging te voorkomen, terughoudend zal opstellen bij de uitoefening van zijn geloofsovertuiging in het land van herkomst.’

57 ABRvS 20 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2420, r.o. 2.3.

Het ABRvS laat het discretievereiste geheel los. In deze concrete zaak over vreemdelingen die in Nederland vanuit de islam tot het christendom waren bekeerd keurde de ABRvS het handelen van de staatssecretaris af door te stellen dat de staatssecretaris ten onrechte had verwacht dat 'de vreemdelingen zich bij terugkeer in Pakistan terughoudend opstellen bij het uitoefenen van hun geloofsuitoefening'.⁵⁸ De ABRvS overweegt bovendien:

'Uit het besluit van de staatssecretaris, noch uit zijn toelichting ter zitting valt af te leiden dat de staatssecretaris aandacht heeft besteed aan de verklaringen van de vreemdelingen dat zij in Pakistan hun geloof willen uiten op de door hen beschreven wijze, waaronder het bezoeken van de kerk, het dragen van een ketting met een kruis en het verrichten van evangelisatiewerk. Door aldus niet kenbaar te beoordelen op welke wijze de vreemdelingen bij terugkeer in Pakistan uiting willen geven aan hun geloof, met inachtneming van de wijze waarop de vreemdelingen in Nederland of elders hun geloof reeds hebben uitgeoefend, heeft de staatssecretaris zijn beoordeling niet op de juiste wijze verricht.'

Uit deze uitspraak blijkt dat de staatssecretaris, als hij eenmaal geloofwaardig heeft geacht dat een asielzoeker een bepaalde geloofsovertuiging heeft, uit de verklaringen van die asielzoeker moet afleiden op welke wijze hij bij zijn terugkeer zijn geloof zou willen uiten. Daarbij maakt de ABRvS conform de uitspraak van het HvJEU geen onderscheid tussen geloofsuitingen in de besloten kring of in de privésfeer (*forum internum*) en openbare geloofsuitingen.⁵⁹

5.5 CONCLUSIE

5.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

In het asielrecht wordt door de Europese wetgever en de nationale wet- en regelgever een breed begrip gehanteerd van godsdienst. In principe kunnen alle overtuigingen en vormen van belijden hieronder vallen. Gesteld kan worden dat de Europese en de nationale wet- en regelgever uit zijn gegaan van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Ze hebben beoogd zoveel mogelijk verschillende overtuigingen en vormen van belijden onder het godsdienstbegrip te scharen.

In de jurisprudentie over de aanvraag van een asielverblijfsvergunning in het kader van vervolging op grond van godsdienst is niet zozeer de vraag

⁵⁸ ABRvS 20 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2420, r.o. 2.4.

⁵⁹ Vermeulen & Van de Sluis 2016, p. 130.

aan de orde 'wat telt als godsdienst' maar meer de vraag naar de betrouwbaarheid van het relaas van de asielzoeker. Die betrouwbaarheid wordt objectiverend tegemoet getreden. De asielzoeker moet bewijzen dat hij de betreffende godsdienst aanhangt. De vraag naar de geloofwaardigheid van de asielzoeker wordt niet geheel los gezien van de vraag naar de betekenis van godsdienst. Weliswaar gaan de bestuursorganen en de rechter er van uit dat de geloofwaardigheid van een godsdienstige opvatting niet enkel kan worden getoetst op basis van kennisvragen over de geloofsleer, toch wordt het gebruik van kennisvragen niet geheel losgelaten. Naast feitelijke vragen over de geloofsbeleving van de asielzoeker en de context waarbinnen de godsdienst gestalte krijgt, worden ook vragen gesteld over algemene principes van de betreffende religie. We kunnen daarom stellen dat men de geloofwaardigheid van het asielrelaas ook toetst aan de hand van een zeker objectief begrip van een specifieke godsdienst.

In de Nederlandse en EHRM-jurisprudentie gaat men met betrekking tot de vraag wanneer er sprake is van een daad van vervolging op grond van godsdienst uit van een afgebakende betekenis van godsdienst. In de jurisprudentie is de lijn uitgekristalliseerd dat van een dergelijke daad alleen gesproken kan worden indien het kerngebied van de godsdienstvrijheid is geschonden. Dit kerngebied zou dan bestaan uit het *forum internum*, dat wil zeggen het privédomein. Zolang een vreemdeling in het land van herkomst niet vervolgd wordt omdat hij in zijn privédomein een godsdienst aanhangt, dan was het uitgangspunt dat dit geen daad van vervolging is. In dit uitgangspunt ligt een opvatting over godsdienst verscholen die erop neerkomt dat godsdienstuitoefening kan worden onderverdeeld in een privédomein (*forum internum*) en een publiek domein (*forum externum*) en dat die domeinen zich hiërarchisch tot elkaar verhouden.

Deze jurisprudentie is echter met een uitspraak van het HvJEU uit 2012 ter discussie komen te staan. Het HvJEU stelt voorop dat, hoewel het moet gaan om een ernstige schending van de godsdienstvrijheid, een daad van vervolging een resultaat kan zijn van een aantasting van de uiterlijke beleving van die vrijheid. Bij de beoordeling van deze aantasting moet rekening worden gehouden met de wijze waarop de vreemdeling zijn geloof in woord en daad uit, en met zijn beleving van deze uitingen en gedragingen. Daarmee vormt deze uitspraak een directe aanval op de veronderstelling dat het begrip godsdienst begrepen kan worden alsof er een bepaalde klasse in godsdienstige uitingen en gedragingen is die kunnen behoren tot de kern of tot de 'periferie'. Klaarblijkelijk hecht het Hof grote waarde aan de subjectieve overtuiging van de justitiabele bij de beantwoording van de vraag of het verbieden van een bepaalde uiting of gedraging door het land van herkomst aangemerkt kan worden als een ernstige schending van de godsdienstvrijheid. Het gaat daarmee uit van een subjectiverende wijze van kwalificeren. Deze benadering is vanaf 2015 ook het uitgangspunt geworden in de Nederlandse rechtspraak.

5.5.2 *Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?*

In het asielrecht gaan de Europese wetgever en de nationale wet- en regelgever uit van een ruim begrip van godsdienst dat niet alleen ziet op de traditionele Europese godsdiensten maar oog heeft voor de uiteenlopende opvattingen en gedragingen van rechtssubjecten. Een dergelijke open definitie past bij het perspectief op neutraliteit zoals dat wordt verdedigd in het accommodatienistische ideaaltype.

De bestuursorganen en de rechter hanteren een meer afgebakend begrip van godsdienst. Dit komt onder andere doordat in de asielprocedure de kwalificatie van de oprechtheid van de asielzoeker en de kwalificatie van diens godsdienst niet geheel worden scheiden. Men hanteert namelijk in sommige gevallen een geobjectiveerd beeld van godsdienst op grond waarvan de oprechtheid van de asielzoeker wordt beoordeeld. Een dergelijke benaderingswijze staat niet open voor excentrieke, eigenzinnige geloofsopvattingen. Daarmee kunnen we het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme associëren. Teneinde grip te houden op het verlenen van verblijfsvergunningen is het referentiekader beperkt tot de bekende en traditionele godsdiensten. Geredeneerd vanuit het accommodatienistisch perspectief zou men kunnen stellen dat deze wijze van kwalificeren traditionele en bekende godsdiensten bevoordeelt.

Het afgebakende begrip van godsdienst dat ten grondslag ligt aan de kernrechtbenadering in de Nederlandse en EHRM-jurisprudentie met betrekking tot de vervolgingsgrond godsdienst kan men ook associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Het idee dat godsdienst hiërarchisch gerangschikt kan worden in een gedeelte dat betrekking heeft op het privédomein (*forum internum*) en een daaraan ondergeschikt gedeelte dat betrekking heeft op het publieke domein (*forum externum*) is typisch voor het liberale gedachtegoed. De kernrechtbenadering veronderstelt dat zolang het privédomein maar gevrijwaard blijft van overheidsbemoeienis, de essentie van het grondrecht gewaarborgd blijft. Hieraan ligt een perspectief op godsdienst ten grondslag dat de gevestigde traditionele godsdiensten bevoordeelt. Bij veel van die godsdiensten vinden immers de belangrijkste uitingen en gedragingen (eredienst, bidden, etc.) plaats in de privésfeer. Het gevolg van deze benadering is dat een gelovige niet zelf kan bepalen welke godsdienstige uiting of gedraging voor hem van wezenlijk belang is.

Het HvJEU schrijft echter een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst voor. Het HvJEU oordeelt dat de opvatting van de vreemdeling over de beleving van zijn godsdienst een belangrijke plaats moet krijgen in de afweging of de godsdienstvrijheid op ernstige wijze is geschonden. Dat geldt volgens het HvJEU ook ten aanzien van de uitoefening van godsdienst in het publieke domein. Het HvJEU vindt dat godsdienstuitoefening niet kan worden opgesplitst in een *forum internum* en een *forum externum*. Het zoekt aan-

sluiting bij de definitie van de Uniewetgever en stelt dat godsdienst als vervolgingsgrond alle vormen van godsdienstuitoefening dekt ongeacht of die plaatsvinden in het privé of het publieke domein. De subjectiverende kwalificatiewijze die het HvJEU hanteert past in de benadering van de Uniewetgever. Het is gebaseerd op een opvatting van godsdienst die men accommodationistisch zou kunnen noemen: religieuze diversiteit dient zoveel mogelijk in de rechtsorde te worden geacommodeerd.

6 Rituele slacht

6.1 INLEIDING

Een belangrijk kenmerk van de traditionele rituele slacht, zoals die in Nederland plaatsvindt door joden en moslims, is dat het dier niet wordt bedwelmd of verdoofd¹ voor de slacht. Een onverdoofd dier wordt de hals doorgesneden. Bijna 100 jaar bestaat in het Nederlandse recht ten aanzien van ritueel slachten een uitzondering op het algemeen geldende gebod van bedwelmd slacht. In het verleden kende de wet slechts een uitzondering ten aanzien van de joodse rituele slacht, de *sjechita* genaamd. Dit is veranderd met de komst van grote groepen moslims naar Nederland waardoor ook de islamitische ritus van het verbod is uitgezonderd. Hoewel de op religie gebaseerde uitzondering op het bedwelmd slachten in het verleden met enige regelmaat ter discussie is gesteld – en ten tijde van de Duitse bezetting (1940-45) zelfs even is geschrapt – geldt dat het bestaan ervan nooit zo aan het wankelen is gebracht als door het wetsvoorstel uit 2008 van Kamerlid Thieme van de Partij voor de Dieren (PvdD).² Dit voorstel strekte ertoe het op algemene wijze verplicht stellen van de bedwelmd slachtwijze, zonder uitzondering voor gelovigen. Het werd na lang beraad door de Eerste Kamer verworpen.³

Voor dit onderzoek is relevant hoe wetgever en rechter de rituele slacht uitleggen. Betreft deze gedraging een religieuze handeling die beschermd wordt door de godsdienstvrijheid opgenomen in artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet? Waarom is dit wel of niet zo, en wat is de legitimatie voor deze uitleg? In het navolgende bespreek ik de uitleg van rituele slacht in wetgeving en jurisprudentie. Daarbij onderscheid ik de regelingen van de EU, de Raad van Europa en de nationale wetgever (paragraaf 6.2). Ook ga ik in op de wijze waarop in het verleden de rituele slacht door de nationale wetgever werd gedefinieerd (paragraaf 6.3). In de paragrafen 6.4 en 6.5 komt de jurisprudentie aan de orde. Rechterlijke uitspraken ten aanzien van de rituele slacht zijn schaars. We zien dat vanaf eind jaren zestig van de vorige eeuw, toen de islam in Nederland langzamerhand voet aan de grond kreeg, enkele

1 Deze termen gebruik ik in dezelfde betekenis.

2 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 571, nr. 2.

3 *Handelingen I* 2011/2012, 33-5-26. Zie in dit verband ook het nieuwe initiatiefwetsvoorstel van Thieme dat in maart 2018 werd ingediend: *Kamerstukken II* 2017/18, 34 908, nr. 3. Ten tijde van het afronden van dit proefschrift was dit voorstel nog niet plenair door de Tweede Kamer behandeld. Ook was er nog geen advies over gegeven door de Raad van State. Zie hierover 6.6.3.

uitspraken worden gedaan ten aanzien van de islamitische rituele slacht. Het EHRM-arrest *Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*⁴ bespreek ik in paragraaf 6.5. Dit is de enige uitspraak van het EHRM over ritueel slachten. Het ging in deze zaak om een door de Franse staat aan een joodse gemeenschap opgelegd verbod op rituele slacht. Het betrof hier niet een algemeen verbod op rituele slacht, maar een verbod specifiek gericht tot een joodse minderheid die naar eigen religieus inzicht de rituele slacht wilde uitvoeren en ook het vlees dat hiermee verkregen werd op eigen wijze wilde distribueren. De manier waarop het EHRM in dit arrest rituele slacht interpreteert leidde in het parlementaire debat over het wetsvoorstel van Thieme tot veel discussie. Zoals gezegd is met het wetsvoorstel van Thieme een verbod op rituele slacht zeer nabij geweest doch uiteindelijk door de Eerste Kamer verworpen. In de parlementaire discussie over het voorstel vormde de vraag of ritueel slachten een – uitdrukkelijke – godsdienstige handeling is, een belangrijk twistpunt. Er zal dan ook worden ingegaan op de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel (paragraaf 6.6). Het hoofdstuk eindigt in paragraaf 6.7 met een conclusie.

6.2 DE DEFINITIE VAN RITUELE SLACHT IN DE REGELINGEN VAN DE EU, DE RAAD VAN EUROPA EN DE NATIONALE WETGEVER

Om te achterhalen waaraan de EU-‘wetgever’ denkt bij het begrip ritueel slachten dienen we de EU-verordening inzake de bescherming van dieren bij het doden uit 2009 te raadplegen. In artikel 4 lid 4 van deze verordening is in het kader van *religieuze riten* een uitzondering opgenomen op het voorafgaand aan de slacht bedwelmen van dieren: ‘Indien dieren worden geslacht volgens speciale wijzen die vereist zijn voor religieuze riten [...] zijn de voorschriften [...] niet van toepassing [...]’. Artikel 2g van deze verordening bevat een definitie van een religieuze rite: ‘een reeks handelingen die verband houden met het slachten van dieren die voorgeschreven is door een godsdienst’. Deze definitie heeft een open karakter. Ten eerste wordt niet duidelijk welke handelingen hieronder vallen en ten tweede is niet afgebakend wat onder godsdienst wordt verstaan. In het originele voorstel van de Commissie stond na deze zinsnede nog de toevoeging ‘... als de islam of het jodendom’. De Raad (van ministers) koos echter ervoor om deze toevoeging niet op te nemen. Kennelijk wilde de Raad zich niet binden aan bepaalde religies of de indruk wekken dat religieus slachten voorbehouden is aan joden en mos-

4 EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95, EHRC 2000/66, m.nt. J.H. Gerards; AB 2001, 116, m.nt. B.P. Vermeulen (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*).

lims.⁵ De Raad stelt in zijn overwegingen naar aanleiding van de definitieve versie van de verordening dat het van belang is dat de uitzondering op het bedwelmen voorafgaand aan het slachten gehandhaafd blijft, aangezien:

‘... de communautaire voorschriften die van toepassing zijn op religieus slachten, afhankelijk van de nationale contexten verschillend zijn omgezet en gezien het feit dat in de nationale regels rekening wordt gehouden met dimensies die verder gaan dan het doel van deze verordening.’

De staten houden bij de toepassing van deze uitzondering volgens de Raad een bepaalde mate van subsidiariteit. Met deze uitzondering respecteert de verordening de vrijheid van godsdienst, evenals het recht voor iedereen om zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, in onderricht, in de praktische toepassing ervan en in het onderhouden van geboden en voorschriften zoals verankerd in artikel 10 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, aldus de Raad.⁶

Op basis van het bovenstaande kunnen we concluderen dat de EU-wetgever ritueel slachten expliciet definieert als een religieuze handeling: een handeling die valt binnen de reikwijdte van de godsdienstvrijheid. Verder is hij voorstander van een subjectiverende manier om tot een begrip van godsdienst te komen: hij houdt in zijn wetgeving principieel rekening met religie van de justitiabele en beperkt zich niet tot de grote religieuze tradities waarin religieuze slacht voorkomt. Dit past in een accommodationistische benadering waarbij zoveel mogelijk getracht wordt om religieuze pluriformiteit te accommoderen.

Behalve de EU-wetgeving is voor de juridische betekenis van rituele slacht het Europees Verdrag inzake bescherming van slachtdieren van de Raad van Europa van 1979 van belang. In artikel 17 lid 1 is bepaald dat de verdragsstaten onder andere mogen afwijken van de bepalingen over het bedwelmen van dieren in geval van rituele slacht. Er wordt verder niet ingegaan op wat deze rituele slacht concreet inhoudt. Wel wordt ritueel slachten uitdrukkelijk geassocieerd met de godsdienstvrijheid. In het *Explanatory Report* staat:

5 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 6 mei 2009 over het voorstel voor een verordening van de Raad inzake de bescherming van dieren bij het doden (COM (2008)0553 – C6-0451/2008 – 2008/0180(CNS)) 2010/C 212 E/49, *PBEU*, Nr. CE 212/326.

6 Verordening (EG) Nr. 1099/2009 van de Raad van 24 september 2009 inzake de bescherming van dieren bij het doden, *PBEU* L 303/1.

‘... the committee thought it necessary to make an exception in the case of ritual slaughter, in order to respect the principle that everyone is free to manifest his religion, among other things by observing its rites.’⁷

Ook wordt in artikel 19 van het verdrag bepaald dat de verdragsstaten ervoor zorg moeten dragen dat de rituele slachters zijn erkend door de betreffende religieuze genootschappen. Hieruit kunnen we afleiden dat de Raad van Europa het ritueel slachten impliciet begrijpt als een verschijnsel dat niet is voorbehouden aan één specifieke religie en daarnaast dat het een uiting van een geloofsgemeenschap betreft en bijvoorbeeld niet een individuele geloofsuiting. De Raad lijkt ervan uit te gaan dat het een collectieve uiting is die moet worden uitgevoerd door slachters die zijn erkend door de betreffende religieuze genootschappen.⁸

In de nationale wetgeving is in artikel 2.10.4 van de Wet dieren van 2011⁹ een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om in het kader van de ‘Israëlitische en islamitische ritus’ dieren te doden zonder bedwelmingsmiddelen. Deze bepaling vormt daarmee een uitzondering op het algemene verdovingsgebod. In de Memorie van Toelichting bij de Wet dieren wordt niet ingegaan op wat de Israëlitische en islamitische ritus concreet inhoudt. Wel wordt gesteld dat de uitzonderingen die gelden voor deze ritens voortvloeien uit het grondrecht van de godsdienstvrijheid. De wetgever kwalificeert hier met andere woorden het uitvoeren van een rituele slacht volgens de joodse of islamitische godsdienst als een voor het recht geldende godsdienstige handeling. Overigens merkt de wetgever op dat de uitzonderingen op het verdovingsgebod, ‘gezien de toenemende multiculturalisering van de samenleving, in principe niet beperkt zijn tot de Israëlitische en islamitische ritus’.¹⁰ Deze opmerking dient vermoedelijk vooral om te benadrukken dat er met deze specifieke uitzonderingen op het verdovingsgebod niet gepoogd wordt om de joodse en islamitische bevolkingsgroep een speciaal voorrecht te geven ten opzichte van andere bevolkingsgroepen.

Ook ten aanzien van de nationale wetgeving kunnen we dus concluderen dat de wetgever uitgaat van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Hij houdt in zijn wetgeving principieel rekening met de religieuze opvattingen van de justitiabele en beperkt het begrip van rituele slacht niet tot de bekende religieuze tradities waarin religieuze slacht voorkomt. Hij doet

7 *Explanatory Report*, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/102.htm>. Gevonden na raadpleging De Blois 2014, p. 348.

8 Europees Verdrag inzake bescherming van slachtdieren, *Trb.* 1986, 75.

9 Uitgewerkt in art. 5.4-5.9 van het Besluit houders van dieren, *Stb.* 2014, 210 (voorheen artikel 44 van de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren van 1992 uitgewerkt in het Besluit ritueel slachten, *Stb.* 1996, 573).

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 31389, nr. 3, p. 51.

dit vanuit het oogpunt van de toenemende multiculturalisering van de samenleving wat dus past binnen het filosofische perspectief van het accommodationisme. Overigens moet wel opgemerkt worden dat het kabinet in 2012 – nadat het wetsvoorstel Thieme door de Eerste Kamer werd verworpen – ter verbetering van het dierenwelzijn bij het ritueel slachten slechts een convenant heeft gesloten met vertegenwoordigers van de joodse (Nederlands Israëlitisch Kerkgenootschap) en de islamitische gemeenschap (Contactorgaan Moslims en Overheid).¹¹ Ook de AMvB, waarin de afspraken die in het convenant zijn gemaakt zijn uitgewerkt, is exclusief gericht op de bovengenoemde vertegenwoordigers van de joodse en islamitische gemeenschap. In hoofdstuk 5 van het Besluit houders van dieren stelt de regering de eis dat onverdoofd ritueel slachten slechts plaats kan vinden door een instelling die door de minister is erkend (geregistreerd). In artikel 5.5b lid 2 van dit besluit wordt vervolgens enkel gerept over organisaties die joodse en islamitische gemeenschap (kunnen) vertegenwoordigen.¹² Dit wijst erop dat het kabinet ritueel slachten toch vooral begrijpt als een godsdienstige gedraging van de joodse en islamitische traditie. Bovendien gaat het kabinet uit van bepaalde representanten van de joodse en islamitische traditie. Kennelijk is de opvatting dat deze organisaties alle joden en moslims kunnen vertegenwoordigen. Een dergelijke omliggende duiding van rituele slacht (als een gedraging die is beperkt tot een aantal welbepaalde religieuze tradities) kan worden geassocieerd met ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Men hanteert dan immers een definitie die liberaal is naar de reeds gevestigde religieuze tradities.

Al met al kan ten aanzien van de geldende wetgeving worden geconcludeerd dat de nationale wetgever net als de EU-wetgever en de Raad van Europa de rituele slacht definieert als een godsdienstige gedraging (vallend onder de bescherming van de godsdienstvrijheid). De EU- en nationale wetgever hanteren daarbij een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst godsdienst die geplaatst kan worden binnen het filosofisch perspectief van het accommodationisme. Opvallend is dat de Raad van Europa impliciet ervan uitgaat dat de rituele slacht is voorbehouden aan het collectief en slechts georganiseerd kan worden binnen religieuze gemeenschappen. Niet de enkeling kan besluiten om op eigen houtje een rituele slacht uit te voeren maar dit dient altijd georganiseerd te worden binnen de gemeenschap. Het gegeven dat het kabinet een convenant sloot met een joodse en islamitische organisatie als vertegenwoordigers van alle in Nederland wonende joden en moslims wijst ook in deze richting. We zouden de veronderstelling dat rituele slacht

11 Convenant onbedwelmd slachten volgens religieuze riten, *Stcrt.* 2012, 13162. Inmiddels opgenomen in het Besluit houders van dieren, (hoofdstuk 5). *Stb.* 2017, 326.

12 *Kamerstukken II* 2012/13, 31571, nr. 23. Inmiddels opgenomen in het Besluit houders van dieren (hoofdstuk 5).

altijd is gebonden aan een religieuze gemeenschap kunnen zien als een zekere objectivering van de betekenis van rituele slacht die in verband kan worden met het ideaaltype van het liberaal-gezindtepluralisme.

6.3 DE WETSHISTORISCHE BETEKENIS VAN RITUELE SLACHT

De rechtsgeschiedenis leert dat de uitleg van rituele slacht als een godsdienstige uiting niet altijd onbetwist is geweest. In deze paragraaf ga ik in op de wijze waarop de 'oude' nationale wetgever de rituele slacht definieerde. De joodse rituele slacht vindt al 375 jaar plaats in Nederland. Tot omstreeks 1900 was deze onverdoofde slachtwijze geen punt van discussie. Daarna verbeterden de bestaande slachtwijzen door nieuwe bedwelmingstechnieken. Rond die tijd kwam voor het eerst de vraag op of ritueel slachten op basis van het grondwettelijke recht op godsdienstvrijheid wel kon worden getolereerd of dat ritueel slachten verboden zou moeten worden als ontoelaatbare dierenmishandeling.¹³ Met de oprichting van gemeentelijke slachthuizen vanaf 1890 werden voorschriften voor het slachten vastgelegd in gemeentelijke verordeningen. In deze verordeningen werd vaak verdoving voorgeschreven maar werd een uitzondering gemaakt voor joods ritueel slachten. De eerste nationale regeling voor het verdoofd slachten waarin een uitzondering werd gemaakt voor de Israëlitische rite dateert uit 1920.¹⁴ In dit Koninklijk Besluit werd de verplichting tot bedwelming verdedigd als een 'humane' maatregel om misbruik van dieren zoveel mogelijk tegen te gaan, terwijl de uitzondering werd gemotiveerd met een verwijzing naar de religieuze aard van de slacht.¹⁵ In de Vleeskeuringswet van 1922 werd voor het eerst op het niveau van de formele wet een uitzondering opgenomen ten aanzien van joods ritueel slachten. In deze wet werd ook de export van ritueel geslacht vlees zonder beperkingen toegestaan.¹⁶ Op 31 juli 1940 werd aan de eeuwenlange praktijk van joods ritueel slachten abrupt een eind gemaakt door de Duitse bezetter. In de door Duitsland bezette gebieden werden door de Nazi's, uit antisemitische overwegingen, verboden op rituele slacht ingevoerd.¹⁷ Na de oorlog, met de komst van de geallieerden werden deze racistische wetten weer ingetrokken. Ook in Nederland werd de joodse rituele slacht bij Koninklijk Besluit in beperkte mate weer toegestaan.¹⁸

13 Havinga 2008, p. 212.

14 KB van 5 juni 1920, *Stb.* 285 (artikel 7). Zie ook Van Bijsterveld 1988, p. 213, 214.

15 De Blois 2014, p. 350.

16 *Stb.* 1922, 305. Zie ook Havinga 2008, p. 212.

17 Verordening van 31 juli 1940, vo. 80 (van kracht vanaf 5 augustus) en genaamd: 'Zur Vermeidung von Tierqualerei beim Viehslachten'.

18 KB 9 februari 1948.

Het naoorlogse besluit had enkel betrekking op de joodse rituele slacht. Lange tijd na de oorlog tot in de jaren zeventig van de vorige eeuw werd de islamitische rituele slacht niet gezien als een rite vergelijkbaar met die van de joden. Verzoeken van moslims voor het toestaan van de islamitische religieuze slacht in verband met het islamitische Suikerfeest werden door de overheid steevast afgewezen. Het idee leefde dat in de Koran niet de verplichting stond opgenomen dat dieren onbedwelmd geslacht moesten worden en dat de rituele slacht ook bedwelmd kon plaatsvinden.¹⁹ We kunnen deze benadering van de overheid van de rituele slacht zien als een voorbeeld van een objectiverende manier om tot een begrip van godsdienst te komen. Rituele slacht werd in dat perspectief gezien als een godsdienstige gedraging die was voorbehouden aan de joden. Deze opvatting werd geschraagd door een bepaalde interpretatie van de Koran. Een dergelijke onderbouwing is evident in strijd met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Deze benadering is bovendien niet te verenigen met het ideaaltype van het liberale gezindtepluralisme omdat de staat hiermee geen neutrale houding inneemt ten opzichte van het jodendom en de islam en als gevolg hiervan deze godsdiensten ongelijk behandelt.

De opvattingen over de islamitische rituele slacht gingen schuiven naar mate de groter wordende moslimbevolking steeds nadrukkelijker kenbaar maakte dat ook zij, net als de joden, onbedwelmd ritueel wilde slachten. De rechtspositie van moslims ten aanzien van rituele slacht veranderde in 1977. Toen werd voor slachting volgens de islamitische rite dezelfde uitzondering gemaakt als voor de joodse rite.²⁰ In beide gevallen werd deze uitzondering begeleid door een reeks extra voorschriften om te voorkomen dat dieren onnodige pijn zouden ondervinden. Ook mocht het slachten alleen plaatsvinden in de door de minister aangewezen slachthuizen.²¹ In de jaren tachtig wordt er in het parlement nog een aantal keren gedebatteerd over de rituele slacht. Uit deze debatten blijkt onder andere dat de regering van oordeel is dat rituele slacht een godsdienstige uiting is. Zo kwam in het plenaire debat in de Tweede Kamer naar aanleiding van de goedkeuring van het in de vorige paragraaf genoemde Europees Verdrag inzake bescherming van slachtdieren de kwestie aan de orde in hoeverre het onbedwelmd slachten binnen de moslimgemeenschap moest worden gezien als een voorschrift dat voortvloeit uit de islam of dat deze wijze van slachten slechts een gebruik is dat voortvloeit uit de traditie.²² De minister stelt niet op deze vraag in te willen gaan omdat dit volgens hem een interne discussie binnen de islamitische gemeen-

19 Shadid & Van Koningsveld 1992, p. 14.

20 Vleeskeuringsbesluit, *Stb.* 1977, nr. 28.

21 Rath 1996, p. 46.

22 *Handelingen II* 1983/84, p. 1305.

schap betreft die 'in vergaande mate tot exegetische toestanden leidt'.²³ De minister geeft met dit antwoord blijk zich goed bewust te zijn van de scheiding tussen kerk en staat en het daaruit afgeleide leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid.

Ook laaide de parlementaire discussie omtrent ritueel slachten nog kortstondig op in het kader van een eventueel in te stellen exportverbod voor ritueel geslacht vlees. Ook in dit verband stelde de regering expliciet dat ritueel slachten een gedraging is die valt onder de bescherming van het recht op de vrijheid van godsdienst. Volgens de toenmalige regering leidt deze erkenning niet alleen tot een uitzonderingsbepaling op het verbod op onbedwelmde rituele slacht, maar is de consequentie ook dat een verbod op de export van ritueel geslacht vlees in strijd is met de vrijheid van godsdienst. De regering overwoog dat gelovigen die onverdoofd ritueel geslacht vlees wensen te consumeren in derdelanden waar wel een verbod bestaat op de onverdoofde rituele slacht zijn aangewezen op de import.²⁴ Indien Nederland een exportverbod zou invoeren zouden deze gelovigen in het buitenland geen of minder makkelijk toegang hebben tot ritueel geslacht vlees en daardoor indirect in hun godsdienstvrijheid worden beperkt. Een dergelijk verbod werd dan ook niet ingevoerd.²⁵ Vanaf 1986 tot het indienen van het wetsvoorstel Thiemeluwde de politieke discussie omtrent de rituele slacht.

Op grond van de 'oude' wetgeving ten aanzien van de rituele slacht, de begeleidende parlementaire stukken en de literatuur hierover kunnen we concluderen dat de rituele slacht al heel lang wordt gezien als een religieuze gedraging en dat deze uiting minstens vanaf begin jaren tachtig van de vorige eeuw expliciet wordt beschouwd als een gedraging die valt onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid (het huidige artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM). Reeds vanaf eind jaren zeventig van de vorige eeuw zien we dat de islamitische rituele slacht door de wetgever wordt gedefinieerd als religieuze gedraging. In het licht van de vorige paragraaf kunnen we concluderen dat de wetgever ten aanzien van rituele slacht een ontwikkeling heeft doorgeemaakt in het definiëren ervan. Waar de wetgever voor de jaren zeventig een objectiverende uitleg van rituele slacht hanteerde die beperkt was tot het jodendom, zien we vanaf eind jaren zeventig dat de wetgever het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid in acht neemt en het jodendom en de islam gelijk behandelt. Gesteld kan worden dat de wetgever dan uitgaat van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Ten slotte zien we dat in de huidige context de rituele slacht niet enkel wordt voorbehouden aan

23 *Handelingen II* 1983/84, p. 1307.

24 *Kamerstukken II* 1984/85, 18600 XIV, nr. 84; *Kamerstukken II* 1984/85, 18600 XIV, nr. 88 en *Aanhangsel Handelingen I* 1984/85, nr. 40, p. 83-85. Zie ook Den Boer, *NJCM-Bulletin* 1987/12-2, p. 115, 116.

25 Rath 1996, p. 46.

joden en moslims maar dat de wetgever, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, ruimte laat voor andere religies en daarmee bewust, althans in theorie, religieuze pluriformiteit accommodeert. Deze werkwijze past binnen het perspectief van het accommodationisme.

Wel is het gezien het Europees Verdrag inzake bescherming van slachtdieren van de Raad van Europa van 1979 en het door het kabinet met de joodse en islamitische gemeenschap gesloten convenant niet voor de hand liggend dat de rituele slacht ook geldt als onderdeel van de vrijheid van godsdienst voor de enkeling, het individu. De indruk wordt gewekt dat de organisatie van de rituele slacht enkel begrepen kan worden vanuit de context van de religieuze gemeenschap. In die zin is het begrip van de rituele slacht toch in zekere mate geobjectiveerd. Een dergelijke objectivering past meer bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Men gaat immers uit van de gevestigde herkenbare godsdiensten.

6.4 DE KWALIFICATIE RITUELE SLACHT IN NATIONALE RECHTSPRAAK

In deze paragraaf bespreek ik de nationale jurisprudentie waarin de kwalificatie rituele slacht ter discussie stond. Zoals in de inleiding is opgemerkt zijn deze uitspraken schaars. Eind jaren zestig van de vorige eeuw werd de rechter voor het eerst geconfronteerd met zaken over moslims die in strijd met de wettelijke regels een geit of schaap hadden geslacht.²⁶ In 1969 beriep een verdachte in een dergelijke zaak zich op de vrijheid van godsdienst. Het ging in deze zaak om een moslim die in strijd met de wet (artikel 6 van de Vleeskeuringswet jo. artikel 4 Vleeskeuringsverordening van de Gemeente Ede) had nagelaten de gemeente in kennis te stellen van zijn voornemen om een geit ritueel te slachten. De rechter kwalificeerde het op rituele wijze slachten van een geit als een vorm van religieus belijden die valt onder de bescherming van artikel 9 EVRM. De rechter overwoog dat de verdachte in verband met de Ramadan ingevolge het Mohammedaanse geloof op rituele wijze een geit had geslacht, en daarmee de voorschriften van zijn godsdienst onderhield. De rechter ontsloeg de verdachte van alle rechtsvervolging omdat in de zienswijze van de rechter de kennisgevingsverplichting een beperking was van zijn godsdienst die 'niet noodzakelijk was voor de bescherming van de openbare gezondheid'.²⁷ De rechter oordeelde dus dat niet voldaan was aan de voorwaarden opgenomen in de beperkingsclausule van artikel 9 lid 2 EVRM. Uiteindelijk bewandelde de Hoge Raad in deze zaak een andere weg. Hij stelde dat er geen sprake was van een beperking van de godsdienstvrij-

²⁶ Rath 1996, p. 45.

²⁷ HR 4 november 1969, NJ 1970, 127, m.nt. Prins.

heid. Volgens de Hoge Raad komt artikel 9 EVRM niet een zo ruime betekenis toe dat:

‘... daarmede degene die op rituele wijze een geit wil slachten of doen slachten (...) wordt gevrijwaard van de verplichting om van het voornemen daartoe aan een bij of krachtens de wet aangewezen instantie kennis te geven’.²⁸

De Hoge Raad past met deze uitspraak de leer van de redelijke uitleg van grondrechten toe. Een redelijk uitleg van de vrijheid om ritueel te slachten betekent niet dat men zich kan onttrekken aan de kennisgevingsverplichting. Overigens is in deze zaak ook de benadering van het OM interessant. In het cassatieberoep stelt het OM dat de rechter ten onrechte had aangenomen dat de rituele slacht door de verdachte moet worden aangemerkt als een vorm van religieus belijden (de wet kende nog geen uitzondering voor de rituele slacht van moslims). Het OM wijst daarbij op de ter zitting afgelegde verklaring van een deskundige die had verklaard: ‘De Mohammedaan is niet verplicht voor de Ramadan een dier te slachten, doch het is een goede gewoonte zulks te doen.’²⁹ Met dit betoog laat het OM zien *in casu* voorstander te zijn van een objectiverende kwalificatiewijze, waarbij door een onafhankelijke deskundige beoordeeld wordt of een uiting of gedraging religieus van aard is.

In 1989 speelde een zaak over rituele slacht voor de ABRvS.³⁰ In deze zaak werd niet inhoudelijk ingegaan op de vraag of ritueel slachten een godsdienstige uiting is. Het is dan ook niet de moeite waard om haar inhoudelijk te beschrijven. De annotatie van Hofman bij deze zaak is echter wel interessant. Hij gaat namelijk in op de vraag of alleen de consumptie van ritueel geslacht vlees onder de grondwettelijke belijdenisvrijheid zou moeten worden begrepen of dat ook de daad van het ritueel slachten zelf hieronder valt. Hofman stelt dat alleen het consumeren van ritueel geslacht vlees gezien moet worden als beschermde godsdienstuitoefening. Hofman overweegt dat het niet kunnen consumeren van ritueel geslacht vlees bij de gelovige mogelijk tot gewetensnood leidt. Om die reden vindt hij dat het consumeren valt onder de reikwijdte van de godsdienstvrijheid. Dit in tegenstelling tot het slachten zelf. Dit is volgens Hofman slechts het creëren van een mogelijkheid tot het consumeren van ritueel geslacht vlees. Hofman meent dan ook, dat het niet faciliteren van ritueel slachten in Nederland door middel van het opheffen van de uitzonderingsbepalingen, niet in strijd is met artikel 6 Grondwet, zolang het consumeren van ritueel slachten maar niet feitelijk onmogelijk

28 HR 4 november 1969, NJ 1970, 127, m.nt. Prins.

29 HR 4 november 1969, NJ 1970, 127, m.nt. Prins.

30 ARRvS 18 april 1989, AB 1989, 546, m.nt. J.A. Hofman.

lijk wordt gemaakt door de instelling van een importverbod.³¹ De annotatie van Hofman bij de uitspraak van de ABRvS van 1989 wijst erop dat de kwalificatie van rituele slacht als een godsdienstige uiting indertijd niet zo vanzelfsprekend was. We komen zijn opvatting ook tegen bij andere auteurs zoals Den Boer.³²

Tot slot dient vermeld te worden dat er betrekkelijk recent in 2011 nog een uitspraak is geweest van de voorzieningenrechter Arnhem naar aanleiding van het wetsvoorstel van Thieme. Het ging in deze uitspraak om de juistheid van het wetenschappelijke bewijs dat zou moeten aantonen of rituele slacht minder of juist meer diervriendelijk is dan de reguliere slacht. In deze uitspraak staat de kwalificatie van de rituele slacht niet op de voorgrond. De rechter kwalificeert zonder terughoudendheid de rituele slacht als religieuze uiting in de zin van artikel 9 EVRM.³³

Op grond van de hierboven besproken zaken kunnen we concluderen dat in de uitspraak van de rechter in eerste aanleg uit 1969 en in de laatst besproken uitspraak van de voorzieningenrechter uit 2011 de rituele slacht wordt gekwalificeerd als een religieuze uiting die valt onder de godsdienstvrijheid. Uit het verweer van het OM in de zaak uit 1969 en uit de conclusie van de Advocaat-Generaal Remmelink kunnen we afleiden dat het in die tijd nog niet geheel onbetwist was of dat de islamitische rituele slacht net als de joodse rituele slacht een godsdienstige uiting was in de zin van de godsdienstvrijheid. Wat dat betreft sluit de ontwikkeling in de rechtspraak aan bij de ontwikkeling in de wetgeving. Op grond van de annotatie van Hofman bij de uitspraak van de ABRvS uit 1989 kunnen we constateren dat in de literatuur de opvatting bestond dat niet zozeer de rituele slacht zelf onderdeel vormde van de godsdienstvrijheid maar veeleer het consumeren van ritueel geslacht vlees.

31 Annotatie J.A. Hofmann bij ARvS 18 april 1989, *AB* 1989, 546.

32 Vermoedelijk heeft Hofman zich bij deze uitleg laten leiden door Den Boer, *NJCM-Bulletin* 1987/12-2, p. 115, 116 (Hofman verwijst hier ook naar en Den Boer huldigt exact dezelfde opvatting).

32 *Handelingen II* 2010/11, 96-16.

33 Rb. Arnhem 7 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR0659, *NJ* 2011/427. Zie voor een nog recentere zaak: Rb. Midden-Nederland 29 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7311. In deze zaak stond het feit centraal dat de er buiten een slachthuis islamitisch ritueel was geslacht. De kwalificatie van de handeling als rituele slacht stond niet ter discussie.

6.5 DE KWALIFICATIE RITUELE SLACHT IN DE JURISPRUDENTIE VAN HET EHRM

6.5.1 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*

De enige zaak waarin het EHRM zich heeft uitgesproken over ritueel slachten is de zaak *Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*. In deze zaak klaagt de organisatie *Cha'are Shalom Ve Tsedek* onder andere dat haar godsdienstvrijheid is geschonden door de Franse staat omdat deze het haar leden niet toestaat om op grond van een eigen interpretatie van religieuze voorschriften, ritueel te slachten.³⁴ In Frankrijk mag onverdoofde rituele slacht enkel plaatsvinden door slachters met een vergunning van de minister van Landbouw. De erkenning die nodig is voor de verlening van die vergunning heeft het Franse ministerie ten aanzien van de joodse gemeenschap uitbesteed aan ACIP (*Association Consistoriale Israélite de Paris*), een joodse organisatie die de meerderheid van de joden in Frankrijk vertegenwoordigt. De organisatie *Cha'are Shalom Ve Tsedek* is van mening dat de controles op en de wijzen van de slacht die de ACIP voorstaat, niet geheel voldoen aan de joodse religieuze voorschriften. Hierdoor kan volgens *Cha'are Shalom Ve Tsedek* het vlees dat geslacht werd door slagers die van deze instellingen een vergunning hebben gehad niet door haar orthodoxe joodse achterban (ongeveer 50 000 personen) geconsumeerd worden. Om die reden wil *Cha'are Shalom Ve Tsedek* zelf een eigen vergunningstelsel tot stand brengen op grond waarvan orthodoxe joden er zeker van zouden kunnen zijn dat het vlees dat zij consumeren voldoet aan de strengste joodse religieuze voorschriften (het zogenaamde 'glatt'-vlees). Dit verzoek wordt echter door de Franse staat geweigerd.³⁵ De Franse staat voert als verweer aan dat hoewel hij erkent dat voedselvoorschriften onderdeel uitmaken van religieuze regels van het joodse geloof, dit niet de consequentie kan hebben dat joden zelf moeten kunnen deelnemen aan de rituele slacht van dieren die zij eten. Verder stelt hij dat het weigeren van een vergunning (erkenning van die specifieke vorm van ritueel slachten) alleen dan invloed zou hebben op het religieus belijden van joden indien er voor deze joden geen alternatieve wijzen openstonden voor het verkrijgen van dit 'glatt'-vlees'. Dit is volgens de Franse staat niet het geval nu deze joden dit vlees bij hun slager konden kopen nadat het was geïmporteerd uit België.

Het EHRM overweegt dat ritueel slachten een religieuze 'rite' is, die ten doel heeft om joden te voorzien van vlees dat voldoet aan de joodse religieuze voorschriften, en die kan worden gekenmerkt als een essentieel onderdeel van de joodse godsdienst. Daarmee valt volgens het EHRM ritueel slachten onder het bereik van artikel 9 EVRM. Net als de Franse staat stelt het EHRM

34 EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*), par. 62.

35 EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*), EHRC 2000/66, m.nt. J. H. Gerards; AB 2001, 116, m.nt. B.P. Vermeulen

echter dat het in het algemeen belang is om te voorkomen dat er ongereguleerde rituele slacht plaatsvindt. Het is volgens het EHRM dan ook niet in strijd met de godsdienstvrijheid dat de Franse staat in 1980 een vergunningstelsel heeft ingesteld dat gereguleerd wordt door één instantie die kan gelden als representatief voor de meerderheid van de joden in Frankrijk.³⁶ Verder volgens overweegt het EHRM dat er wel sprake zou zijn van een schending van de godsdienstvrijheid van orthodoxe joden indien hun vanwege de illegaliteit van het uitvoeren van de door hen gewenste wijze van rituele slacht, de mogelijkheid zou worden ontnomen om ritueel geslacht vlees te verkrijgen. Maar dit is volgens het EHRM niet het geval. Orthodoxe joden kunnen gemakkelijk Belgisch 'glatt'-vlees verkrijgen. Het EHRM stelt dat het recht op de vrijheid van godsdienst niet zo ver strekt dat hieruit ook het recht kan worden afgeleid om in persoon deel te nemen aan de uitvoering van een rituele slacht en het aansluitende certificatieproces. Het EHRM komt tot de slotsom dat, aangezien er geen sprake is van een schending van de vrijheid van godsdienst onder artikel 9 EVRM, ook de noodzakelijkheidstoets van artikel 9 lid 2 EVRM achterwege kan blijven.

6.5.2 Een objectiverende kwalificatie van ritueel slachten

Op basis van de overwegingen van het EHRM kunnen we concluderen dat het EHRM ritueel slachten beschouwt als een essentieel onderdeel van de joodse godsdienst. Het kwalificeert deze rite expliciet als gedraging die valt binnen de reikwijdte van de vrijheid van godsdienst. Tegelijkertijd kunnen we uit het arrest afleiden dat volgens het EHRM ritueel slachten geen individueel recht is van gelovigen en kennelijk ook niet van kleine geloofsgemeenschappen. Om die reden vindt het EHRM het feit dat de Franse staat in het verleden een vergunningstelsel in het leven heeft geroepen om rituele slacht te reguleren niet in strijd met de godsdienstvrijheid. Joodse rituele slacht lijkt volgens het EHRM *in casu* de slacht te zijn zoals die door de meerderheid van de joden in Frankrijk wordt begrepen en zoals die is georganiseerd in ACIP.³⁷ We kunnen deze kwalificatie van het EHRM beschouwen als een objectiverende kwalificatie. Het EHRM objectiveert de joodse rituele slacht door alleen de wijze van slachten van de meerderheidsorganisatie ACIP als zodanig te kwalificeren. Het EHRM sluit ten aanzien van rituele slacht een individueel-subjectiverende kwalificatiewijze uit:

36 EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95, EHRC 2000/66, m.nt. J. H. Gerards; AB 2001, 116, m.nt. B.P. Vermeulen, par. 73-78 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*).

37 EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*), par. 74-79.

'But the Court takes the view that the right to freedom of religion guaranteed by Article 9 of the Convention cannot extend to the right to take part in person in the performance of ritual slaughter and the subsequent certification process [...].'

Daarentegen lijkt het EHRM ten aanzien van het consumeren van ritueel geslacht vlees wel een meer individueel-subjectiverende kwalificatiewijze te hanteren. Volgens het EHRM hebben orthodoxe joden het recht om vlees te consumeren dat voldoet aan de religieuze eisen zoals zij die voor zichzelf hebben gesteld:

'In the Court's opinion, there would be interference with the freedom to manifest one's religion only if the illegality of performing ritual slaughter made it impossible for ultra-orthodox Jews to eat meat from animals slaughtered in accordance with the religious prescriptions they considered applicable.'³⁸

6.5.3 Ritueel slachten en het consumeren van ritueel geslacht vlees

Het onderscheid dat het EHRM hanteert tussen het recht op ritueel slachten en het recht op het consumeren van ritueel geslacht vlees kan men begrijpen vanuit het onderscheid tussen het individu en de maatschappij als geheel. Bij het recht op ritueel slachten gaat het EHRM dan uit van een algemene betekenis van ritueel slachten representatief voor alle joden in Frankrijk, terwijl het bij het recht op de consumptie van ritueel geslacht vlees uitgaat van een individuele betekenis van het consumeren van ritueel geslacht vlees en vindt dat iedere orthodoxe jood het recht heeft om vlees te consumeren dat voldoet aan zijn of haar religieuze eisen.³⁹ De minderheidsorganisatie Cha'are wordt volgens het EHRM met het niet verlenen van een vergunning voor het op eigen wijze ritueel slachten niet geschonden in haar godsdienstvrijheid omdat het EHRM ritueel slachten objectief uitlegt, namelijk zoals door het ACIP is voorgeschreven. Met andere woorden, de wijze van ritueel slachten van Cha'are wordt niet als zodanig erkend. Het perspectief van het EHRM op de kwalificatie van de uitoefening van de rituele slacht zou men kunnen associëren met het politiek-filosofisch ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme: de staat erkent alleen de wijze van ritueel slachten van de gevestigde

³⁸ EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*), par. 80.

³⁹ We zagen eerder al dat de maker van het EVRM, de Raad van Europa, deze opvatting impliciet huldigt bij de totstandkoming van het Europees Verdrag inzake de bescherming van slachtdieren, door in regelgeving te bepalen dat rituele slachters moeten zijn erkend door de betreffende religieuze gemeenschappen.

religieuze tradities (jodendom en islam) en niet de wijze van ritueel slachten van minderheden.

Het onderscheid tussen de kwalificatie van het ritueel slachten en het consumeren van ritueel geslacht vlees roept vragen op. Immers, is het niet inconsequent om het ritueel slachten objectief en het consumeren van ritueel slacht vlees subjectief te kwalificeren? In de literatuur is dit arrest dan ook sterk bekritiseerd. Zo vinden Vermeulen en Gerards het onderscheid dat het EHRM maakt ten aanzien van het recht op ritueel slachten en het recht op het consumeren van ritueel geslacht vlees onjuist. Volgens Vermeulen snijdt de redenering van het EHRM geen hout. Hij stelt dat de redenering dat er geen sprake is van een inbreuk op artikel 9 EVRM lid 1 indien het recht om rein vlees te kunnen consumeren (bijvoorbeeld door middel van import) niet geschonden wordt, net zo vreemd is als wanneer men redeneert dat een verbod op de katholieke eredienst door een paars gemeentebestuur geen schending vormt van de godsdienstvrijheid omdat de gelovigen in een naburige gemeente ter kerke kunnen gaan.⁴⁰ Vermeulen lijkt met deze vergelijking te willen zeggen dat ook het recht op ritueel slachten zelf een meer individueel karakter zou moeten hebben en niet alleen het consumeren van ritueel geslacht vlees. Deze opvatting treffen we ook aan bij Gerards. Zij stelt dat het EHRM het recht van het ritueel slachten ten onrechte ondergeschikt maakt aan een ander, wel voor iedere gelovige geldend recht, namelijk het recht om voedsel te kunnen verkrijgen dat is geslacht en geprepareerd in overeenstemming met de regels die het geloof voorschrijft.⁴¹ Volgens Gerards zou het EHRM het ritueel slachten als zelfstandig recht moeten opvatten, zodat minderheidsorganisaties zoals Cha'are het recht hebben om op eigen wijze ritueel te slachten en niet worden achtergesteld bij de joodse meerderheid.

6.6 DE BETEKENIS VAN RITUELE SLACHT IN DE PARLEMENTAIRE BEHANDELING VAN HET WETSVORSTEL VAN THIEME

6.6.1 Duiding rituele slacht door Thieme

Thieme gaat in haar wetsvoorstel uitvoerig in op wat ritueel slachten is. Allereerst stelt zij in het algemeen, dat ritueel slachten het doden van een dier is volgens overgeleverde (religieuze) gebruiken, plechtigheden en ceremonieën, vervolgens merkt zij op dat in Nederland ritueel slachten alleen gebeurt binnen het jodendom en de islam en bespreekt zij tot in detail hoe binnen deze

40 Noot B.P. Vermeulen in AB 2001, 116 bij EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*).

41 Noot J.H. Gerards in EHRC 2000/66 bij EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*).

twee godsdiensten de slacht in zijn werking gaat en de religieuze bronnen waarop deze ritën zijn gebaseerd. Zij aarzelt niet om religieuze teksten uit de Bijbel en de Koran aan te halen. Daarbij constateert Thieme grote overeenkomsten tussen de joodse en de islamitische rituele slacht.⁴² Weliswaar baseert Thieme haar uitleg van deze twee verschillende religieuze tradities op het werk van een aantal verifieerbare bronnen, toch presenteert zij haar uitleg als een vaststaand feit waarover binnen de verschillende religieuze tradities geen uiteenlopende opvattingen bestaan. Dat zij met deze duiding teveel een essentialistische⁴³ benadering heeft blijkt uit de reacties uit de praktijk van het religieus slachten. Het Nederlands-Israëlitisch Kerkgenootschap (NIK) stelt namelijk dat Thieme ten aanzien van de Joodse godsdienst en de Joodse gemeenschap uitgaat van onjuiste uitgangspunten en veronderstellingen. Met andere woorden, het concept van rituele slacht dat Thieme naar voren brengt komt niet overeen met het concept dat de 'rituele slachters' hierover zelf hebben. Ook heeft het NIK scherpe kritiek op de parallellen die Thieme trekt tussen de joodse en de islamitische rituele slacht.⁴⁴ ChristenUnie en SGP wijzen in de schriftelijke behandeling van het voorstel ook op de verschillen tussen de joodse en islamitische religieuze slacht. De vraag is volgens de ChristenUnie gerechtvaardigd of die verschillen niet een gedifferentieerde benadering verlangen.⁴⁵

6.6.2 *Is de onverdoofde rituele slacht een uitdrukkelijke expressie van godsdienst?*

Thieme brengt verschillende argumenten naar voren waarom zij vindt dat onverdoofde rituele slacht moet worden verboden. Ten aanzien van het begrip godsdienst is er één argument van belang. Dit argument behelst haar opvatting dat het onverdoofd slachten geen aspect is dat kan worden aangemerkt als uitdrukkelijke expressie van godsdienst. Volgens Thieme beoogt het wetsvoorstel niet de rituele slacht *an sich* te verbieden maar enkel het nalaten van een extra handeling, te weten de bedwelming van het dier. In de zienswijze van Thieme is het nalaten van deze handeling niet noodzakelijk (*necessary*) om de rituele slacht te kunnen uitvoeren. Om die reden stelt zij

42 *Kamerstukken II* 2007/08, 31571, nr. 3, p. 2, 3.

43 Essentialisme in de betekenis van de sociale wetenschappen veronderstelt dat men een maatschappelijk fenomeen begrijpt vanuit een essentie of essenties in plaats van als een sociale constructie. De betekenis van een bepaalde godsdienst wordt uitgelegd vanuit bepaalde essentiële kenmerken en niet als het product van een tijdsgebonden duiding door mensen.

44 Nederlands Israëlitisch Kerkgenootschap 2011, p. 1.

45 *Kamerstukken II* 2009/10, 31571, nr. 6.

dat een verbod op onverdoofd ritueel slachten niet in strijd is met de godsdienstvrijheid.

De wens om onbedwelmd te slachten kan in de zienswijze van Thieme niet worden gezien als een noodzakelijke uitdrukking van een godsdienst aangezien er volop alternatieven beschikbaar zijn die naar huidig inzicht dierenwelzijn bevorderend zijn en die stroken met de diervriendelijke intentie achter de rite.⁴⁶ Dit betekent volgens Thieme dat aan gelovigen minder ruimte moet worden verschaft om zich op de godsdienstvrijheid te beroepen. Thieme betoogt:

‘dat de zogeheten interpretatieve terughoudendheid niet meebrengt dat op grond van het enkele feit dat een deel van de aanhangers van een mondiale religie stelt dat handelingen ter uitvoering van een religieuze rite *slechts op één bepaalde wijze zouden mogen plaatsvinden*, het recht aan de overheid moet worden ontzegd om na te gaan of die handelingen wel zijn aan te merken als een “necessary expression” van de godsdienstvrijheid.’⁴⁷

Volgens Thieme mag de overheid oordelen dat het niet willen verdoven bij rituele slacht geen uitdrukkelijke expressie is van godsdienst en is een dergelijk oordeel niet in strijd met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid.

Deze opvatting leverde Thieme de nodige kritiek op. Zo bracht het NIK naar aanleiding hiervan naar voren dat ritueel slachten behoort tot de kern van de joodse identiteit en dat er voor religieus levende joden geen alternatief bestaat voor vlees dat is geslacht door middel van een halssnede en verbloeding. Volgens het NIK is geen enkele vorm van bedwelming toegestaan, ook geen bedwelming die reversibel is.⁴⁸ Deze reactie van het NIK wijst erop dat het niet zo is dat gelovigen zelf van mening zijn dat de religieuze bezwaren tegen ritueel slachten zijn weggenomen vanwege de technologische ontwikkeling van bedwelming maar dat het vooral Thieme zelf is die deze opvatting heeft. Ze maakt zich schuldig aan ‘hineininterpretieren’: ze kiest een betekenis van rituele slacht die het best past bij haar opvatting. Daarmee geeft ze blijk weinig rekening te houden met de terughoudende rol die de wetgever conform het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid hierin heeft.

De Raad van State stelde in zijn advies naar aanleiding van het wetsvoorstel dat een verbod op *onverdoofd* ritueel slachten *de facto* een verbod is op ritueel slachten. Volgens de Raad dient de wetgever zich gezien de scheiding tussen kerk en staat niet inhoudelijk uit te laten over de wijze waarop

46 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 7.

47 *Kamerstukken I* 2011/12, 31 571, nr. C, p. 17.

48 Nederlands Israëlitisch Kerkgenootschap 2011, p. 1.

ritueel slachten volgens de godsdienst zou moeten plaatsvinden. Hij mag geen oordeel hebben over de theologische juistheid van een bepaalde opvatting hieromtrent. Aangezien een deel van de aanhangers van de religies waarin ritueel slachten plaatsvindt de overtuiging aanhangt dat onverdoofd ritueel slachten niet is toegestaan dient de staat in wetgeving de mogelijkheid te erkennen dat het onbedweld ritueel slachten een religieuze gedraging is, aldus de Raad. Met andere woorden, de staat zou volgens de Raad in wetgeving een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst moeten hanteren. De staat zou in wetgeving ermee rekening moeten houden dat het niet bedwelmen bij rituele slacht is ingegeven door religie. In de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer hebben veel oppositiepartijen sympathie voor Thiemes opvatting dat het ontbreken van de bedwelming bij rituele slacht geen uitdrukkelijke expressie is van godsdienst. Zo stelt de SP in de schriftelijke behandeling van het voorstel, in navolging van Thieme, dat de religieuze bezwaren tegen bedwelming niet meer kunnen opgaan met de hedendaagse techniek van reversibele bedwelming. Daarmee lijkt de SP net als Thieme impliciet van mening te zijn dat de overheid voor gelovigen zou mogen uitmaken hoe de religieuze voorschriften ten aanzien van ritueel slachten dienen te moeten worden uitgelegd. De ChristenUnie keert zich juist fel tegen deze benadering en beklemtoont dat de wetgever terughoudend moet zijn met de interpretaties van religies en wat er allemaal wel of niet mogelijk zou moeten zijn binnen een religie.

De SGP vat in de plenaire vergadering van de Eerste Kamer het standpunt van Thieme als volgt samen: Thieme wil de onverdoofde slacht verbieden, wat volgens haar geen beperking is van de godsdienstvrijheid omdat verdoofde rituele slacht mogelijk blijft. De vraag die door de SGP, maar ook andere partijen werd gesteld, is of dit geen *contradictio in terminis* is. Anders gezegd, is rituele slacht wel rituele slacht wanneer wel wordt verdoofd? En wie bepaalt dit? De overheid of de religieuze groepen die drager zijn van het grondrecht zelf? Thieme lijkt van het eerste uit te gaan terwijl in de Eerste Kamer veel partijen benadrukken dat deze definiëring juist toekomt aan de religieuze groeperingen zelf.⁴⁹

6.6.3 Ommezwaai

In de allerlaatste fase van het parlementaire debat, gedurende de laatste vergaderingen van de Eerste Kamer, kunnen we constateren dat Thieme haar aanvankelijke opvattingen loslaat. Ze erkent dan dat het verbod op het onbedweld ritueel slachten wel degelijk een inbreuk vormt op de godsdienstvrijheid. Met andere woorden, ze erkent dat het verdovingsaspect voor gelo-

49 *Handelingen I* 2011/12, 12-2, p. 12 (13 december 2011).

vigen wel degelijk een expressie kan zijn van godsdienst. Thieme laat hiermee het kwalificatie-argument, namelijk dat rituele slacht ook verdoofd ritueel slachten kan betekenen, varen. Waarom Thieme deze ommezwaai maakt is niet duidelijk. Vervolgens zet ze volledig in op het argument dat de afweging van het belang van de bescherming van het doelcriterium van artikel 9 lid 2 EVRM de goede zeden (hieronder schaaft zij dierenwelzijn) zwaarder moet wegen dan de godsdienstvrijheid van joden en moslims.⁵⁰ Dit argument is in het bestek van dit onderzoek echter minder relevant aangezien het geen betrekking heeft op het begrip godsdienst. Overigens kon ze ook met dit argument de Eerste Kamer niet overtuigen.

6.6.4 *Wijze waarop het begrip godsdienst wordt geduid*

We kunnen de duiding van ritueel slachten aan de hand van de religieuze bronnen in het wetsvoorstel van Thieme beschouwen als objectief. Rituele slacht wordt geduid aan de hand van bepaalde bronnen en die interpretatie wordt vervolgens als algemeen geldig gesteld. Dat de gelovigen hier mogelijk zelf anders over denken wordt niet erkend. De opvatting dat het niet bedwelmen bij rituele slacht geen uitdrukkelijke expressie is van godsdienst lijkt een eigen opvatting te zijn van Thieme. Ze lijkt de oorsprong van de rituele slacht binnen de religieuze tradities te hebben geïnterpreteerd en vervolgens tot de conclusie zijn gekomen dat deze van origine diende ten behoeve van het dierenwelzijn. Vervolgens redeneert zij dat in het licht van de huidige technologische inzichten en ontwikkelingen het dierenwelzijn meer gebaat zou zijn met een verbod op onbedwelmd ritueel slachten en het aanwenden van alternatieve slachttechnieken. Deze benadering duidt op een meer autonome uitleg van het begrip godsdienst. Thieme komt op grond van haar eigen inzichten tot de conclusie dat het niet willen verdoven geen uitdrukkelijke expressie is van godsdienst. De opvattingen van Thieme die aan een gelovige voorschrijven wat de betekenis is van een religieuze gedraging passen niet binnen het ideaaltype van het liberale gezindtepluralisme omdat ze in strijd zijn met het liberale beginsel dat de staat zich neutraal moet opstellen tegenover de verschillende religies en terughoudend moet zijn in de uitleg ervan (leerstuk van interpretatieve terughoudendheid). De duiding

50 Ook in haar nieuwe initiatiefwetsvoorstel is haar betoog voor een verbod op ritueel slachten vooral ingestoken vanuit het argument dat de godsdienstvrijheid vanwege het dierenwelzijn beperkt moet worden. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34 908, nr. 3, par. 2.5.2. Ten tijde van het afronden van dit proefschrift was dit voorstel nog niet plenair door de Tweede Kamer behandeld. Ook was er nog geen advies over gegeven door de Raad van State.

van rituele slacht door Thieme is mogelijk sterk beïnvloed vanuit haar wens om het dierenwelzijn te verbeteren. We kunnen de bescherming van dierenwelzijn moeilijk in verband brengen met een politiek-filosofisch ideaaltype met betrekking tot de rol van religie in de maatschappij.

6.7 CONCLUSIE

6.7.1 *Wat is het juridische begrip van godsdienst?*

Op grond van de huidige geldende EU- en nationale wetgeving en het Europees Verdrag inzake bescherming van slachtdieren van de Raad van Europa kan worden geconcludeerd dat de onbedwelmde rituele slacht wordt gedefinieerd als een godsdienstige gedraging die valt onder de bescherming van de vrijheid van godsdienst, zoals die is opgenomen in artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet. In deze wetgeving en het verdrag is de betekenis van rituele slacht niet beperkt tot de joodse en islamitische rite. De uitzonderingsbepalingen ten aanzien van het verbod op de onbedwelmde slacht gelden in beginsel ook voor slachtriten van andere godsdiensten. De EU-, de nationale wetgever en de Raad van Europa houden principieel rekening met de religieuze opvattingen van de justitiabele en beperken het begrip van rituele slacht niet tot de bekende religieuze tradities waarin religieuze slacht voorkomt. Voor wat betreft de EU- en nationale wetgever kan gesteld worden dat ze in beginsel een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst hanteren.

Wanneer wordt teruggeblikt op het verleden van de onbedwelmde rituele slacht in Nederland kan worden geconstateerd dat reeds in 1920 ten aanzien van het verbod op onbedwelmde slacht een uitzondering werd gemaakt ten aanzien van de Israëlitische ritus. Reeds lang wordt deze ritus in verband met de vrijheid van godsdienst begrepen. Vanaf de jaren tachtig gebeurt dit expliciet in parlementaire stukken. Overigens werd de islamitische ritus pas vanaf de jaren zeventig gezien als een godsdienstige gedraging gelijk aan de joodse ritus. In 1977 wordt naast de bestaande uitzondering voor de Israëlitische ritus een uitzondering voor de islamitische ritus in de wet opgenomen. De conclusie kan worden getrokken dat de wetgever ten aanzien van rituele slacht een ontwikkeling heeft doorgemaakt in het definiëren ervan. Waar de wetgever voor de jaren '70 van de vorige eeuw een objectief begrip van rituele slacht hanteerde dat beperkt was tot het jodendom, gaat hij vanaf eind jaren '70 van de vorige eeuw het jodendom en de islam gelijk behandelen. Ten slotte zien we dat in de huidige context de rituele slacht niet enkel is voorbehouden aan joden en moslims maar dat de wetgever in zijn formuleringen principieel ruimte openlaat voor andere religies en daarmee blijk geeft van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst.

In het parlementaire debat naar aanleiding van het wetsvoorstel Thieme speelt de uitleg van rituele slacht een belangrijke rol. De opvatting van Thie-

me dat het niet bedwelmen bij rituele slacht geen aspect is dat kan worden gekwalificeerd als een uitdrukkelijke expressie van godsdienst lijkt een eigen opvatting te zijn van Thieme. Ze lijkt de oorsprong van de rituele slacht binnen de religieuze tradities te hebben geïnterpreteerd en vervolgens tot de conclusie te zijn gekomen dat ze van origine dienden ten behoeve van het dierenwelzijn. Vervolgens redeneert zij dat in het licht van de huidige technologische inzichten en ontwikkelingen het dierenwelzijn meer gebaat zou zijn met een verbod op onbedweld ritueel slachten en het aanwenden van alternatieve slachttechnieken. Deze benadering duidt op een meer autonome uitleg van het begrip godsdienst. Thieme lijkt op grond van haar eigen inzichten tot de conclusie te zijn gekomen dat het niet willen verdoven geen uitdrukkelijke expressie is van godsdienst.

Het Nederlandse kabinet sluit in 2012 een convenant (uitgewerkt en vastgelegd in een AMvB) exclusief met vertegenwoordigers van de joodse en islamitische gemeenschap. Dit wekt de indruk dat de betekenis van rituele slacht in lagere regelgeving enigszins wordt geobjectiveerd als uiting van de gevestigde religieuze gemeenschappen. Ook in de terminologie die de Raad van Europa gebruikt naar aanleiding van het genoemde verdrag kunnen we een zekere objectivering ontwaren doordat de Raad eenzijdig ervan uit gaat dat ritueel slachten een gedraging is die wordt verricht binnen een geloofsgemeenschap. Niet de enkeling kan voor zichzelf besluiten om een rituele slacht uit te voeren maar dit dient altijd georganiseerd te worden binnen de religieuze gemeenschap. Deze duiding van de Raad van Europa blijkt ook uit het besproken EHRM-arrest *Cha'are*.

Hierin overweegt het EHRM enerzijds dat ritueel slachten een essentieel onderdeel is van de joodse godsdienst en valt onder het bereik van artikel 9 EVRM en anderzijds dat er *in casu* slechts dan sprake zou zijn van de schending van de godsdienstvrijheid, indien de individuele consumptie van koosjer vlees onmogelijk wordt gemaakt. Deze twee stellingen moeten in hun context worden begrepen. Die context houdt in dat het EHRM het niet in strijd heeft geacht met de godsdienstvrijheid indien de rituele slacht wordt gereguleerd en deze regulering plaatsvindt door een joodse meerderheidsorganisatie. Vanwege deze regulering staat de Franse staat alleen de joodse rituele slacht toe zoals die door de meerderheidsorganisatie wordt erkend. Daarmee accepteert het EHRM dat de joodse rituele slacht een collectief karakter krijgt. Immers, niet alle vormen van rituele slacht worden erkend maar enkel diegene die door de joodse meerderheid in Frankrijk worden erkend. Tegelijkertijd meent het EHRM dat het consumeren van ritueel geslacht vlees een individueel karakter heeft. Ieder rechtssubject heeft recht op het consumeren van naar eigen inzicht ritueel geslacht vlees. Dus ook vlees dat voldoet aan strengere religieuze eisen zoals de organisatie *Cha'are* voorstaat. Aldus wordt het consumeren van ritueel geslacht vlees door het EHRM subjectief uitgelegd (subjectiverende kwalificatie) in tegenstelling tot het ritueel slach-

ten zelf dat objectief begrepen wordt als uiting van godsdienst op een wijze die voor de gehele joodse gemeenschap vastligt.

Er is weinig nationale rechtspraak geweest ten aanzien van de rituele slacht. Op grond van twee uitspraken, waarvan de eerste dateert uit 1969, kunnen we niet constateren op welke wijze de rechter het ritueel slachten kwalificeert als een godsdienstige gedraging.

6.7.2 *Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?*

De nationale wetgever heeft in zijn benadering een ontwikkeling doorgeemaakt van een essentialistische definitie van rituele slacht, enkel voorbehouden aan de joden, naar een definitie die past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme (joden en moslims mogen ritueel slachten) om uiteindelijk bij een accommodationistische definitie uit te komen waarin uitzonderingsbepalingen voor rituele slacht in beginsel ook gelden voor aanhangers van andere religies dan de joodse of de islamitische. Deze definitie ligt ook ten grondslag aan de hedendaagse EU-wetgeving.

Het gegeven dat het kabinet slechts met vertegenwoordigers van de joodse en islamitische gemeenschap een convenant heeft gesloten evenals de impliciete veronderstelling van de Raad van Europa dat rituele slacht enkel plaatsvindt binnen een religieuze gemeenschap kan men plaatsen in het perspectief van het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme. Binnen dit perspectief geldt dat alleen de rituele slacht van de gevestigde tradities als zodanig wordt erkend. De kwalificatie van ritueel slachten in het EHRM-arrest *Cha'are* uit 2000 kunnen we ook uitleggen vanuit een benadering die past bij het liberaal gezindtepluralisme. Het EHRM liet in deze Franse zaak zijn kwalificatie van rituele slacht afhangen van de betekenis die de meerderheidsorganisatie van de joden (de ACIP) hieraan gaf. Er was sprake van een zekere objectivering van rituele slacht: alleen de rituele slacht zoals die door de ACIP werd erkend was juridisch gezien ritueel slachten. De wijze van rituele slacht uitgevoerd door de joodse minderheidsorganisatie *Cha'are* werd niet als rituele slacht gekwalificeerd.

Uit de besproken nationale jurisprudentie komt ten aanzien van het begrip godsdienst niet duidelijk een politiek-filosofische legitimatie naar voren.

De autonome manier waarop Kamerlid Thieme het begrip godsdienst duidt, zoals we dat kunnen afleiden uit het wetsvoorstel tot het verbod op onbedwelmde rituele slacht, is niet goed in verband te brengen met een bepaald overkoepelend politiek-filosofisch ideaaltype. De manier waarop Thieme tegen ritueel slachten aankijkt lijkt met name te zijn ingegeven door haar wens om het dierenwelzijn te verbeteren.

7 | Kleding en omgangsvormen als uiting van godsdienst

7.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk behandel ik de kwalificatie van kleding en omgangsvormen als uiting van godsdienst. In paragraaf 7.2 bespreek ik de kwalificatie op het niveau van de wetgever. Daarbij beperk ik mij tot de kwalificatie van de boerka en de nikaab¹ aangezien alleen daarover wetsvoorstellen zijn ingediend om ze te verbieden. Het voornemen om het dragen van een boerka, of meer in algemene zin, gelaatsbedekkende² kleding bij wet te verbieden is tamelijk recent, maar heeft niettemin een flinke parlementaire geschiedenis. Er zijn sinds 2007 vijf wetsvoorstellen ingediend met het oogmerk om het dragen van een boerka, of meer in algemene zin, gelaatsbedekkende kleding te verbieden. Van vier van deze wetsvoorstellen is de parlementaire behandeling gestaakt, het laatste wetsvoorstel is sinds 2015 in behandeling. Vooralsnog is er dus nog geen strafrechtelijk verbod. In mijn bespreking besteed ik kort aandacht aan de geschiedenis van bovengenoemde wetsvoorstellen en vervolgens analyseer ik of, en zo ja, op welke wijze, de wetgever het dragen van een boerka kwalificeert als uiting van godsdienst en welke legitimatie de wetgever hiervoor geeft. In paragraaf 7.3 komt de kwalificatie op het rechterlijke niveau aan de orde. Hoewel het ‘boerkaverbod’ bij de wetgever hoog op de agenda staat, is er vooralsnog weinig jurisprudentie over. Er zijn twee uitspraken van het EHRM (*S.A.S. v Frankrijk*³ en *Belcacemi en Oussar v België*⁴) en er zijn enkele nationale rechterlijke en CGB-uitspraken.

In paragraaf 7.3 komt ook de kwalificatie van andere kleding dan de boerka en de kwalificatie van omgangsvormen aan bod. Hierover bestaan wel de nodige uitspraken. Er is een aantal relevante uitspraken gedaan door het EHRM, de nationale rechter en de CGB. Deze uitspraken gingen over het dragen van een hoofddoek of een ketting met een kruisje. Ook zijn er uitspraken gedaan met betrekking tot de omgangsvorm binnen bepaalde islamitische kringen om lichamelijk contact te vermijden tussen mannen en vrou-

1 Hierna spreek ik voor het gemak enkel over de boerka. Het verschil tussen de boerka en de nikaab is volgens Wikipedia dat de gezichtsbedekking vastzit aan het kledingstuk als geheel, terwijl de nikaab een losse gezichtsbedekking is die over de kleding heen kan worden gedragen.

2 De termen gezichtsbedekkend en gelaatsbedekkend gebruik ik evenals de (mede-)wetgever door elkaar. Volgens het kabinet-Rutte-Samson is de betekenis van deze termen gelijk. Zie *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 349, nr. 4, p. 6.

3 EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*).

4 EHRM 11 juli 2017, nr. 37798/13 (*Belcacemi en Oussar v België*).

wen die niet met elkaar gehuwd zijn. Hierom weigeren sommige moslims het schudden van handen van de andere sekse. In de laatste subparagraaf ga ik in op de legitimatie die rechters geven voor de kwalificatie van dergelijke kledij, symbolen en omgangsvormen als godsdienstige uiting. De analyses van bovenstaande onderwerpen geven een algemeen beeld van de wijze waarop binnen de rechtsorde herkenningstekens van een godsdienstige identiteit als godsdienst worden gekwalificeerd. Omdat ik in aparte hoofdstukken aandacht besteed aan het onderwijsrecht (hoofdstuk 17-19) laat ik in dit hoofdstuk het terrein van het onderwijs grotendeels links liggen. Het hoofdstuk sluit ik in paragraaf 7.4 af met een conclusie.

7.2 KWALIFICATIE VAN HET DRAGEN VAN EEN BOERKA ALS UITING VAN GODSDIENST DOOR DE (MEDE-)WETGEVER

7.2.1 *Inleiding*

In deze paragraaf bespreek ik de kwalificatie van de boerka door de (mede-) wetgever. Ter verduidelijking begin ik deze paragraaf met een kort overzicht van de wetsvoorstellen die de boerka wilden verbieden (7.2.2). Vervolgens behandel ik in 7.2.3 de motieven voor het dragen van de boerka in de zienswijze van de verschillende indieners. In deze subparagraaf bespreek ik de visie van de indieners aan de hand van het rapport 'Overwegingen bij een boerkaverbod'. Dit rapport van een aantal deskundigen (juristen en wetenschappers) werd uitgebracht op verzoek van kabinet-Balkenende II nadat in 2005 de eerste parlementaire discussie begon over een 'boerkaverbod'. Het gaat in op de wenselijkheid van een verbod op het dragen van gelaatsbedekkende kleding. Het rapport is een bespreking waard aangezien het in de parlementaire behandeling een belangrijke rol heeft gespeeld. De opvattingen van deskundigen over de betekenis van de boerka zijn terughoudend. Deze terughoudende opstelling komt voort uit het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Om die reden zijn de deskundigen voorstander van een subjectiverende kwalificatiewijze. Welke wijze van kwalificeren staan de indieners van de verschillende voorstellen voor? Op deze vraag ga ik in 7.2.4 nader in. Aansluitend zal ik in 7.2.5 de verhouding bespreken tussen de kwalificatie in de wetsvoorstellen van de boerka als godsdienstige uiting en de kwalificatie van andere vormen van gelaatsbedekkende kleding. Tot slot komt in 7.2.6 de legitimatie voor de wijzen van kwalificeren zoals die naar voren komen in de verschillende wetsvoorstellen aan de orde.

7.2.2 Pogingen tot het instellen van een boerkaverbod

De geschiedenis van het eerste wetsvoorstel voor een boerkaverbod begint bij de motie van het Kamerlid Wilders in 2005 waarin het kabinet verzocht werd 'het openbaar gebruik van de boerka te verbieden'. De Tweede Kamer nam deze motie aan.⁵ Het kabinet-Balkenende II liet vervolgens een commissie van rechtsgeleerden en islamkenners onderzoeken in hoeverre een dergelijk verbod juridisch haalbaar en wenselijk was. Deze commissie bracht op 3 november 2006 een rapport⁶ uit waarin onomwonden de boodschap naar voren kwam dat, gezien het fundamentele recht op de vrijheid van godsdienst en het in diverse verdragen en wetten neergelegde gelijkheidsbeginsel, het doel van dit verbod problematisch was. Bovendien betwijfelde de commissie de noodzaak van een dergelijk verbod in Nederland. Aangezien de toenmalige kabinetten (kabinet-Balkenende II en III) met dit advies in het achterhoofd voorzichtig waren deze motie uit te voeren, dienden de Kamerleden Wilders en Fritsma 12 juli 2007 alsnog een (initiatief-)wetsvoorstel in.⁷ Na een negatief wetgevingsadvies van de Raad van State, dat in belangrijke mate dezelfde kritiek uitte als het rapport van de commissie, werd de behandeling van dit voorstel gestaakt.⁸

Het tweede (initiatief-)wetsvoorstel dateert van 24 januari 2008 en werd ingediend door het Kamerlid Kamp. Dit voorstel had als inzet een algemeen verbod op gelaatsbedekkende kleding.⁹ Daarover bracht de Raad van State een niet-openbaar advies uit.¹⁰ Het derde voorstel van het kabinet-Balkenende IV van 8 februari 2008 had als oogmerk de gelaatsbedekkende kleding specifiek in het onderwijs en de ambtenarij te verbieden.¹¹ Ook hierover werd door de Raad van State een niet-openbaar advies uitgebracht.¹² De behandeling van het tweede en derde wetsvoorstel werd door de Tweede Kamer gestaakt na totstandkoming van het regeerakkoord van het kabinet-Rutte I dat in 2010 aantrad. Daarin werd een algemeen verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding aangekondigd.¹³

5 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 754, nr. 41, zie ook motie-Wilders en Weekers, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 754, nr. 88.

6 Deskundigenrapport: Vermeulen 2006. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 29 754, nr. 91.

7 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 108, nr. 3.

8 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 108, nr. 7.

9 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 331, nr. 3.

10 Advies van de Raad van 6 mei 2008, W03.08 0028/II.

11 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VII, nr. 48, p. 7.

12 Advies van de Raad van 2 december 2009.

13 Regeerakkoord VVD-CDA, *Vrijheid en verantwoordelijkheid*, 30 september 2010, p. 26.

Dit voornemen mondde vervolgens uit in het vierde wetsvoorstel.¹⁴ Hierover heeft de Raad van State wel openbaar advies gegeven. Dit advies bouwt voort op de eerder genoemde adviezen en is kritisch over de juridische haalbaarheid en noodzaak van het verbod.¹⁵ Na het aantreden van het kabinet-Rutte II werd het vierde wetsvoorstel ingetrokken. Toch werd het voornemen tot het invoeren van een dergelijk verbod in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte II wederom opgenomen.¹⁶ Dit leidde tot het vijfde wetsvoorstel.¹⁷ Ditmaal gaat het om een ‘beperkt’ verbod dat enkel ziet op het onderwijs, het openbaar vervoer, ziekenhuizen en in overheidsgebouwen. In tegenstelling tot het wetsvoorstel van de kabinet-Rutte I heeft het verbod geen betrekking op de overige publieke ruimte.¹⁸ Daarmee toont dit vijfde voorstel weer meer verwantschap met het derde regeringsvoorstel van het kabinet-Balkenende IV. Ook over het laatste wetsvoorstel is de Raad van State erg kritisch. Volgens de Raad zijn scholen, instellingen en organisaties met betrekking tot het openbaar vervoer en ziekenhuizen prima in staat om zelf regels te maken omtrent het wel of niet dragen van een boerka. De Raad stelt dat een verbod op gelaatsbedekkende kleding in aantal gevallen neerkomt op een beperking van de godsdienstvrijheid opgenomen in artikel 9 EVRM. Volgens de Raad is deze beperking vanuit het perspectief van artikel 9 lid 2 niet noodzakelijk in een democratische samenleving.¹⁹

Uit bovenstaande (aanhoudende) pogingen een verbod in te voeren blijkt dat het boerkaverbod controversieel is. Blijkbaar is de wens om een (geheel of partieel) verbod op gelaatsbedekkende kleding in te voeren bij een aanzienlijk aantal Kamerleden (en daarmee vermoedelijk ook bij een groot gedeelte van de bevolking) erg sterk, maar zit – gezien de negatieve adviezen van een deskundigencommissie en de Raad van State – de juridische werkelijkheid vol angels en voetklemmen, waardoor een dergelijk verbod een lastige onderneming blijkt.

7.2.3 Een objectiverende of subjectiverende kwalificatie?

In het rapport ‘Overwegingen bij een boerkaverbod’ wordt als uitgangspunt genomen dat er velerlei motieven aan het dragen van gezichtsbedekkende kleding ten grondslag kunnen liggen.²⁰ De deskundigen merken op dat dit

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 165, nr. 3.

15 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 165, nr. 4.

16 Regeerakkoord VVD-PVDA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 31.

17 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 349, nr. 2.

18 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 349, nr. 3.

19 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 349, nr. 4, p. 6.

20 Deskundigenrapport: Vermeulen 2006, p. 17.

uitgangspunt eerder door het kabinet-Balkenende II is ingenomen ten aanzien van het dragen van de hoofddoek.²¹ In het rapport wordt geconstateerd dat er op wetenschappelijk gebied een lacune is in de kennis over de motieven voor het dragen van gezichtsbedekkende sluiers. Wel stellen de deskundigen dat men aan de hand van gezaghebbende islamitische bronnen tot de constatering kan komen dat het dragen van een gezichtsbedekkende sluier door bepaalde stromingen binnen de islam gezien wordt als een religieus voorschrift.²² Dit gegeven in combinatie met de scheiding tussen kerk en staat is voor de deskundigen de belangrijkste reden om te concluderen dat het dragen van een gezichtsbedekkende sluier moet worden gekwalificeerd als een juridisch te beschermen religieuze uiting en derhalve valt binnen de bescherming van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM.²³ Volgens de deskundigen doet het bestaan van andersluidende opvattingen binnen de islam en binnen de Nederlandse islamitische gemeenschap geen afbreuk aan dit standpunt. Men stelt dat de wetgever geen partij mag kiezen in een intern islamitisch-theologische discussie en om die reden als uitgangspunt moet nemen dat het dragen van de boerka religieus gemotiveerd is. Dit uitgangspunt van de deskundigen wordt min of meer herhaald in de wetsvoorstellen van Balkende IV²⁴ en Rutte II.²⁵ Het komt minder duidelijk naar voren in de wetsvoorstellen van Wilders en Fritsma, Kamp en Rutte I. In die voorstellen wordt wel gesteld dat het dragen van een boerka een religieuze uiting is, maar er wordt niet uitgelegd waarom dit zo is. Ook wordt er niet gememooreerd aan de terughoudende rol van de overheid in het duiden van religieuze uitingen. We kunnen stellen dat deze indieners een autonome wijze van kwalificeren toepassen. Ze kwalificeren de boerka op grond van eigen inzichten. Zo stellen Wilders en Fritsma dat de boerka 'antimodern is, een symbool van de ongelijkwaardigheid van mannen en vrouwen en onverenigbaar met de westerse fundamentele rechtstatelijke waarden'.²⁶ In het wetsvoorstel van Rutte I wordt het dragen van gelaatsbedekkende kleding door vrouwen af-

21 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 614, nr. 2, p. 14.

22 Deskundigenrapport: Vermeulen 2006, p. 28.

23 Overigens merken de deskundigen op dat vanuit de contextbenadering beargumenteerd kan worden dat het dragen van een boerka binnen de private sfeer van de 'ander' (bijvoorbeeld binnen een bank) niet kan gelden als een door de godsdienstvrijheid van art. 6 Grondwet beschermde uiting of gedraging. Zie meer over deze contextbenadering 2.2.8. Zoals betoogd in 2.2.10 betekent dit niet dat de boerka op zichzelf beschouwd geen juridisch geldende religieuze uiting of gedraging zou zijn. De contextbenadering impliceert alleen dat gezien de formulering van art. 6 Grondwet in sommige situaties het dragen van de boerka (of een andere religieuze uiting of gedraging) niet valt binnen de *vrijheidssfeer* die door art. 6 Grondwet wordt beschermd.

24 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VII, nr. 48, p. 7.

25 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 349, nr. 3, p. 8.

26 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 165, nr. 3, p. 2.

geschilderd als ‘uiting van een eigen, niet gelijkwaardige positie in het openbare leven’.²⁷ Waarop de indieners hun opvattingen baseren wordt niet duidelijk. Er wordt hiervoor niet verwezen naar bronnen of naar onderzoek waaruit dit zou blijken. Toch bepalen de indieners niet geheel autonoom dat het dragen van een boerka wordt ingegeven door godsdienst: men zou kunnen zeggen dat ze aansluiten bij de veronderstelde algemeen in de samenleving levende overtuiging dat het dragen van een boerka voortvloeit uit een islamitische geloofsovertuiging.

Het generiek toeschrijven van bovenstaande motieven aan boerkadraagsters wordt door de deskundigen afgewezen. Dit is volgens hen onaanvaardbaar omdat er mogelijk ook vrouwen zijn die niet gedwongen worden om gezichtsbedekkende kleding te dragen of die kleding om andere dan religieus-fundamentalistische redenen dragen, bijvoorbeeld vanuit een religieus kuisheidsideaal. Een dergelijk verbod zou dan in strijd komen met de zelfdefinitie van de boerka-dragende vrouw.²⁸ De deskundigen vinden dat de rechtsorde uit moet gaan van de veronderstelling dat een gezichtsbedekkende sluier een godsdienstige uiting kan zijn, aangezien anders het gevaar dreigt dat men in theologisch vaarwater terechtkomt. Daarmee betogen de deskundigen in feite dat de wetgever een subjectiverende kwalificatiewijze moet toepassen. De wetgever moet de vraag of het dragen van een gezichts-sluier een godsdienstige uiting is laten afhangen van de zelfdefinitie van het rechtssubject. Deze benadering wordt ook telkens door de Raad van State bepleit. De Raad kwalificeert het dragen van de boerka, voor zover dat wordt ervaren als het voldoen aan een religieuze plicht, als een zelfstandige wijze van uitoefening van godsdienst of levensovertuiging die valt binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM. Hij verwijst voor deze kwalificatie naar een uitspraak van de CGB (hierover meer in paragraaf 7.3.3) en naar de kabinetsnota ‘Grondrechten in een pluriforme samenleving’.²⁹ In de wetsvoorstellen van Balkenende IV en Rutte II wordt deze benadering onderschreven. Er wordt van uitgegaan dat een gezichtsbedekkende sluier een godsdienstige uiting kan zijn en deze aanname berust op het standpunt dat de staat zich terughoudend moet opstellen ten aanzien van de motieven van boerkadraagsters. Er kan dan ook worden gesteld dat in deze voorstellen een subjectiverende kwalificatiewijze wordt gehanteerd: de zelfdefinitie van de boerka-dragende vrouw staat voorop.

27 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 165, nr. 3, p. 2.

28 Deskundigenrapport: Vermeulen 2006, p. 61.

29 CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, *AB* 2003, 233, m.nt. B.P. Vermeulen (*Nikaab*) en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 614, nr. 2, p. 15.

7.2.4 *Legitimatie voor de wijze van kwalificeren van de boerka in de verschillendewetsvoorstellen*

Het deskundigenrapport verwijst voor zijn kwalificatie naar de nota 'Grondrechten in een pluriforme samenleving'. Deze nota huldigt het kabinetsstandpunt van het kabinet-Balkenende II dat bestond uit CDA, VVD en D66. Uit de nota kunnen we opmaken dat het toenmalige kabinet het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid hoog in het vaandel had staan. Men stond ten aanzien van het dragen van een hoofddoek een subjectiverende kwalificatiewijze voor: de opvattingen van de justitiabele zouden leidend moeten zijn om te bepalen of het dragen van een hoofddoek een godsdienstige uiting is. De deskundigen stellen dat deze subjectiverende kwalificatiewijze ook gehanteerd moet worden bij boerkadraagsters. Zoals in de vorige paragraaf is opgemerkt vinden we deze zienswijze ook terug in de wetsvoorstellen van Balkenende IV en Rutte II. We kunnen deze zienswijze vanuit politiek-filosofisch perspectief duiden als accommodationistisch. De rechtsorde geeft ruimte aan de opvattingen van justitiabele over het motief waarom iemand een boerka draagt. Let wel, het gaat hier dan enkel om de wijze waarop bepaalde uitingen en gedragingen worden gekwalificeerd en niet of de rechtsorde vervolgens ook het dragen van de boerka toestaat. De kwalificatie van de boerka als religieuze uiting is voor de indieners van de voorstellen immers geen reden om af te zien van een verbod, omdat er in hun optiek andere redenen (die liggen vervat in de beperkingssystematiek van de godsdienstvrijheid) zijn die het noodzakelijk maken om de boerka te verbieden.

In de wetsvoorstellen van Wilders en Fritsma, van Kamp en van Rutte I gaat men ervan uit dat het dragen van de boerka een islamitische uiting is. In deze voorstellen wordt niet onderbouwd met objectieve maatstaven waaruit blijkt dat het dragen van een boerka een islamitische uiting is. Deze kwalificatie lijkt te zijn ingegeven door de veronderstelling dat iedereen het in de maatschappij erover eens is dat het dragen van een boerka een islamitische uiting is. Deze veronderstelling is moeilijk in verband te brengen met een juridische of politiek-filosofische legitimatie.

7.3 KWALIFICATIE VAN KLEDING EN OMGANGSVORMEN ALS UITING VAN GODSDIENST IN DE JURISPRUDENTIE

7.3.1 *Inleiding*

In deze paragraaf komt ten eerste de kwalificatie van de boerka in de rechtspraak aan de orde. Het EHRM heeft in dit verband een interessante uitspraak gedaan in de zaak *S.A.S. v Frankrijk* en de kern hiervan later min of meer herhaald in *Belcacemi en Oussar v België* (7.3.2). Daarnaast zijn er op nationaal niveau nog enkele uitspraken van lagere rechtsprekende instanties

(7.3.3). Ten tweede bespreek ik kwalificatie van overige kleding en omgangsvormen als uiting van godsdienst in de jurisprudentie van de CGB (7.3.4), de nationale rechter (7.3.5) en het EHRM (7.3.6). In 7.3.7 bespreek ik de legitimaties die de verschillende rechterlijke instanties geven voor de door hen gegeven kwalificatie.

7.3.2 *Kwalificatie van de boerka als godsdienstige uiting door het EHRM*

Er zijn twee EHRM-arresten geweest ten aanzien van het dragen van gelaatsbedekkende kleding door het EHRM. In beide gevallen ging het om een klacht van een moslima die stelt te beperkt te worden in haar geloof vanwege het door de staat ingevoerde boerkaverbod. Aangezien beide zaken nagenoeg identiek zijn en het EHRM in de Belgische zaak voor wat betreft de kwalificatie van het dragen van de boerka verwijst³⁰ naar de Franse zaak, bespreek ik alleen de laatste.³¹

De Franse wetgever heeft het verbod ingevoerd, onder andere, op grond van een zeer negatieve inhoudelijke visie op het dragen van de boerka. In de zienswijze van de Franse wetgever heeft een persoon die zich met bedekt gelaat in het publieke domein begeeft vanwege zijn gezichtsloosheid geen bestaan in het publieke domein. Zijn bestaan is als het ware weggevaagd uit het publieke domein. Een dergelijke praktijk is volgens de Franse wetgever in strijd met de menselijke waardigheid. Ook is het dragen van de gezichtssluier enkel door vrouwen volgens de Franse wetgever een ontkenning van de gelijkwaardigheid van mannen en vrouwen. Opvallend is dat de Franse wetgever in de Memorie van Toelichting het dragen van de gezichtssluier niet wil relateren aan de islam of aan religie.³² Mogelijk dat hij met deze wat gekunstelde benadering wil voorkomen dat hij verzeild raakt in theologische discussies.³³

30 EHRM 11 juli 2017, nr. 37798/13 (*Belcacemi en Oussar v België*), par. 44.

31 Zie voor de totstandkoming van het Franse en ook Belgische verbod op gelaatsbedekkende kleding: Berger, *TvRRB* 2010-3; Zoethout, *TvRRB* 2013-1. Zie ook Berger, *TvRRB* 2014-3.

32 'Explanatory memorandum' bij Law no. 2010-1192 in EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11, r.o. 25, p. 8. Overigens erkent de Franse staat in het proces voor het EHRM wel dat het dragen van gelaatsbedekkende kleding een religieuze uiting kan betreffen. Zie r.o. 88.

33 Ook van het wetsvoorstel-Rutte II kan men zeggen dat het algemene en omfloerste formuleringen bevat waardoor het lijkt alsof de regering angstvallig probeert de indruk weg te nemen dat het verbod enkel is gericht tegen boerkadraagsters. Zo stelt de regering: 'Voor zover het verbod op het dragen van gezichtsbedekkende kleding een beperking zou kunnen zijn [cursief, JV] van het recht op godsdienst...'. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 349, nr. 3, p. 8. Het lijkt natuurlijk geen twijfel dat een dergelijk verbod een be-

Men zou kunnen stellen dat een dergelijke benadering vanwege haar algemeenheid niet in strijd is met het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid. De redenering zou dan zijn dat men een neutraal verbod instelt zonder religieuze of levensbeschouwelijke (bij)bedoelingen. Dit is niet erg overtuigend aangezien uit de parlementaire geschiedenis van het verbod blijkt dat het verbod met name gericht was op het verbieden van de boerka.³⁴ Daarnaast zou men kunnen stellen dat het compleet negeren van de mogelijke religieuze betekenis van religieuze kleding juist wel in strijd is met het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid omdat de mogelijkheid voor zelfdefinitie van het rechtssubject wordt genegeerd. Volgens de klagster is de aanname van de Franse staat, dat het bedekken van het gezicht voor vrouwen onverenigbaar is met het principe van seksegelijkheid, simplistisch omdat deze gedraging kan voortvloeien uit een weloverwogen gewetensvolle keuze die juist moet worden beschouwd als een vorm van emancipatie en zelfstandigheid en deelname in de maatschappij. Ook de opvatting van de staat dat het dragen van een gezichtssluier impliceert dat iemand het recht wordt ontnomen 'om te bestaan' in het publieke domein kan volgens de klagster niet worden volgehouden aangezien het dragen ervan in de meeste gevallen op vrijwillige basis gebeurt en niet gericht is op het bekeren van andere personen. De klagster merkt bovendien op dat het niet aan de staat is om de religieuze opvattingen die ten grondslag liggen aan bepaalde vormen van belijden te waarderen.³⁵ Met andere woorden, hier appelleert de klagster aan het liberale beginsel van een neutrale staat en de houding van de staat die met dit beginsel gepaard gaat. Vanuit het perspectief van het Nederlandse recht zouden we kunnen zeggen dat de klagster hier appelleert aan het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid.

Het EHRM brengt ten aanzien van de vraag of het dragen van de boerka een religieuze uiting of gedraging is de standaardoverwegingen over het juridische begrip van godsdienst naar voren.³⁶ Hieruit vloeit voort dat de rechter per geval dient te bepalen of er voldoende relatie is tussen de betreffende vorm van belijden en de betreffende godsdienst of levensbeschouwing. Daarbij geldt volgens het EHRM het uitgangspunt dat de rechter niet van de justitiabele mag verlangen dat hij of zij bewijst dat zijn gedraging voortvloeit uit een religieuze plicht. Dat betekent enerzijds dat de rechter niet mag verlangen dat iemand bewijst aanhanger te zijn van een bepaalde religie en anderzijds dat de rechter niet van iemand mag verlangen dat hij of zij aantoonst dat de betreffende religie hem of haar verplicht tot een bepaalde uiting of gedra-

perking is van de godsdienstvrijheid van bepaalde orthodoxe aanhangers van de islam.

³⁴ Ouwerkerk, *DD* 2015/7, p. 4.

³⁵ EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*), par. 78.

³⁶ Zie hierover 2.2.5.

ging. Dit uitgangspunt van het EHRM geeft blijk van een benadering waarbij de oprechtheid van het rechtssubject wordt aangenomen. Met andere woorden: het hanteert een subjectiverende kwalificatie van de oprechtheid van het rechtssubject. Wanneer het EHRM deze uitgangspunten toepast in deze zaak stelt het dat de klager niet hoeft aan te tonen dat zij een moslim is en ze ook niet hoeft te bewijzen dat haar geloof haar verplicht tot het dragen van een nikaab of boerka. Volgens het EHRM zijn haar verklaringen hieromtrent genoeg, aangezien er geen twijfel over is dat het dragen van een boerka of nikaab voor bepaalde moslimvrouwen een vorm van religieus belijden is die valt binnen de reikwijdte van artikel 9 EVRM.³⁷ Het EHRM vult bovenstaande nog aan met de opmerking dat indien een vorm van belijden, zoals het dragen van een boerka of nikaab, binnen de betreffende religie (*in casu* de islam) een uiting of gedraging is van een minderheid, dit niet relevant is voor de vraag of de uiting of gedraging valt onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM, anders gezegd of iets een juridische te beschermen religieuze uiting of gedraging vormt.³⁸

We kunnen stellen dat voor het EHRM vaststaat dat in zijn algemeenheid gezegd kan worden dat het dragen van een boerka of nikaab een religieuze uiting of gedraging is. Deze opvatting lijkt het EHRM te baseren op de (m.i. terechte) veronderstelling dat deze opvatting breed in de samenleving wordt gedeeld. Helaas blijkt deze veronderstelling niet expliciet uit het arrest. Hoewel het EHRM erkent dat het dragen van de boerka een religieuze uiting kan zijn vindt het dat het Franse verbod op gelaatsbedekkende kleding niet in strijd is met artikel 9 EVRM. Het verbod is volgens het EHRM proportioneel en noodzakelijk in een democratische rechtsorde ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Een uiteenzetting over de wijze waarop het EHRM de beperkingsgrond van artikel 9 lid 2 EVRM in deze zaak heeft toegepast valt buiten het bestek van dit onderzoek.

7.3.3 Kwalificatie van de boerka als godsdienstige uiting in nationale jurisprudentie

Rechterlijke uitspraken

De nationale rechter heeft zich slechts driemaal uitgesproken over de vraag of het dragen van een nikaab of boerka gekwalificeerd moet worden als een religieuze uiting.³⁹ Voor het eerst deed hij dit in een civiele zaak waarin door de eiser een omgangsregeling met zijn kind werd geëist. De vrouw tot wie

37 EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*), par. 55.

38 EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*), par. 108.

39 Zie Rb. Zwolle 10 oktober 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8382, *FJR* 2004, 5; Rb. Amsterdam (vz.) 24 mei 2007, *AB* 2007, 306, m.nt. L.C. Groen en B.P. Vermeulen.

deze eis was gericht, maakte daags voor de zitting aan de rechtbank bekend niet als verweerster de rechtbank te willen betreden zonder nikaab, ook niet als ze daarbij wel een hoofddoek mocht dragen. Daarop weigerde de rechter haar als procespartij de toegang. De rechter oordeelde dat algehele gezichtsbekleding wezenlijk afbreuk doet aan het rechterlijke instrument van waarheidsvinding. De rechter overwoog dat het dragen van een nikaab ter zitting door een van de procespartijen niet kan worden toegestaan, ook niet als het dragen ervan berust op een geloofs- of levensovertuiging. Daarmee erkende de rechter min of meer dat het dragen van een nikaab een religieuze uiting kan zijn. De rechter geeft verder geen motivering waarom het dragen van de nikaab een religieuze uiting kan zijn. Kennelijk is dit voor hem vanzelfsprekend (autonome kwalificatie).

De rechter stelde verder dat de vrijheid van godsdienst niet zo ver gaat dat zij een stempel kan drukken op de procesvoering.⁴⁰ De rechter verwees in zijn beslissing niet naar artikel 6 Grondwet of artikel 9 EVRM en de daarin opgenomen beperkingsclausules. Mogelijk dat de rechter impliciet wel hieraan toetste. De vraag is dan op welke wettelijke grondslag hij deze beperking kon doorvoeren. Mogelijk dat de rechter hier de 'contextbenadering'⁴¹ toepaste en hij van oordeel is dat binnen de sfeer van de rechtbank (huisregels) geen beroep kan worden gedaan op de godsdienstvrijheid en er dus ook geen beroep hoeft te worden gedaan op de beperkingsclausule van artikel 6 Grondwet. Met andere woorden, dat hij van oordeel is dat het dragen van de boerka in een rechtszaal buiten de reikwijdte van artikel 6 Grondwet valt.

De tweede rechterlijke uitspraak betrof een weigering van een gemeente om aan een boerkadraagster een bijstandsuitkering te verlenen omdat zij haar boerka bij sollicitaties weigerde af te doen. In deze zaak overwoog de rechter kort en bondig dat het dragen van de boerka een rechtstreekse uitdrukking is van een geloofsovertuiging en dat de wens van de gemeente dat bij sollicitaties de boerka wordt afgedaan disproportioneel moest worden geacht. De rechter verwees voor zijn kwalificatiewijze naar meerdere oordelen van de CGB. In die oordelen stelde de CGB uit te gaan van de zelfdefinitie van de drager van de gelaatsbedekkende kleding.⁴² Waarom de eis van de gemeente disproportioneel was, legde de rechter verder niet uit. Hij toetste niet expliciet aan de beperkingssystematiek van artikel 6 Grondwet of artikel 9 EVRM.⁴³

40 Rb. Zwolle 10 oktober 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8382, F/R 2004, 5.

41 Zie 2.2.8.

42 Rb. Amsterdam (vz.) 24 mei 2007, AB 2007, 306, m.nt. L.C. Groen en B.P. Vermeulen.

43 Volgens Groen en Vermeulen kan de eis van de gemeente niet worden gezien als een beperking van de godsdienstvrijheid. Zij stellen dat de godsdienstvrijheid vooral moet worden gezien als een klassiek afweerrecht en dat de boerkadraagster een beroep doet op een gunst van de overheid namelijk een bijstandsuitkering. Volgens hen gaat dit afweerrecht niet zo ver dat daaruit ook een aanspraak voortvloeit om, als men van de

De derde uitspraak is van de CRvB uit 2017. Dit keer ging het om een nikaabdraagster wier bijstandsuitkering door de gemeente werd verlaagd omdat ze weigerde om deze af te doen tijdens sollicitatietrainingen. De CRvB overwoog over de vraag of het dragen van een nikaab een godsdienstige uiting is het volgende: ‘Tussen partijen is niet in geschil dat de reden waarom appellante de nikaab draagt is gebaseerd op haar overtuiging dat dit haar godsdienstige plicht is.’ Over het argument van verweerder (gemeente) dat de vrouw om haar godsdienstige plicht te vervullen tijdens de sollicitatietrainingen in plaats van een nikaab ook best een hoofddoek kan dragen oordeelde de CRvB:

‘Het argument van verweerder dat appellante in plaats van een nikaab een hoofddoek kan dragen betekent niet dat om die reden het dragen van een nikaab niet onder de bescherming van artikel 9 van het EVRM valt. Bepalend is de vraag of de beslissing van appellante om een nikaab te dragen is geïnspireerd door haar geloofsovertuiging. Er bestaat geen aanleiding om daaraan te twijfelen.’⁴⁴

Op grond van deze overwegingen van de CRvB kunnen we opmaken dat hij uitgaat van een subjectiverende wijze van kwalificeren.

CGB-oordelen

In de adviezen van de Raad van State, in het genoemde deskundigenadvies over de boerka en in de kabinetsnota over grondrechten, wordt telkens wanneer de subjectiverende kwalificatiewijze wordt verdedigd, verwezen naar CGB-oordelen. Het lijkt er dan ook op dat de CGB ten aanzien van de subjectiverende kwalificatiewijze een voortrekkersrol vervult. Een oordeel waar naar in het debat over de boerka veel werd verwezen is de uitspraak van de CGB over een zaak waarbij een drietal studenten vanwege het dragen van een nikaab de toegang tot een openbare onderwijsinstelling werd geweigerd. De CGB hanteerde in deze zaak een subjectiverende kwalificatiewijze. Volgens de CGB waren de dragers van de gezichtsbedekkende kleding door zelfstudie en onderzoek tot het oordeel gekomen dat het dragen van een nikaab volgens de islam verplicht is, althans in het bijzijn van mannen. Het feit dat binnen de moslimgemeenschap verschillend hierover wordt gedacht is volgens de CGB geen reden om deze uiting niet als een godsdienstige uiting te kwalificeren.⁴⁵ In 2000 werd voor het eerst een soortgelijke redenering toe-

overheid bepaalde positieve prestaties – zoals een bijstandsuitkering – verlangt, gevrijwaard te mogen blijven van verplichtingen die het tot uitdrukking brengen van de godsdienst belemmeren.

44 CRvB 9 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1639, r.o. 4.8.

45 CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, r.o. 5.4.

gepast op het dragen van een gezichtsbedekkende sluier, meer specifiek, een chador.⁴⁶ Daarna heeft de CGB deze redenering, zonder uitzondering, op de overige (beperkte hoeveelheid) zaken met betrekking tot het dragen van gelaatsbedekkende kleding toegepast.⁴⁷

Er is slechts een handvol rechterlijke uitspraken waarin het dragen van gelaatsbedekkende kleding onderwerp was van geschil. De nationale rechter en de CGB gaan in deze zaken uit van een subjectiverende kwalificatiewijze. Er wordt ruimte gelaten voor de zelfdefiniëring van de justitiabele. Deze ruimte is echter niet geheel onbeperkt. Men laat vooral ruimte aan een gelovige om binnen zijn geloofstraditie (bijvoorbeeld de islam) te bepalen wat godsdienstig is (bijvoorbeeld de boerka). In hoeverre deze ruimte wordt gegeven aan personen die in hun geloofsopvattingen los staan van enige traditie is niet duidelijk.

7.3.4 Kwalificatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst door de CGB

De standaardbenadering van de CGB, die de zelfdefinitie van de drager van de gelaatsbedekkende kleding als uitgangspunt neemt, werd door de CGB ook gebruikt in verschillende zaken over andere religieuze uitingen en gedragingen. Voor het eerst treffen we deze redenering aan ten aanzien van het dragen van een hoofddoek (1995),⁴⁸ bidden (1997),⁴⁹ het dragen van een tulband (1997)⁵⁰ en het niet willen handen schudden met iemand van de andere sekse (1998).⁵¹ Markant is dat er geen CGB-oordelen zijn over het dragen van een keppel of kruisje. De meeste uitingen en gedragingen die een grond vormen voor onderscheid zijn van islamitische origine. Wel blijkt uit overwegingen van de CGB in het kader van andere religieuze uitingen en gedragingen dat zij het dragen van een keppel of kruisje eveneens kwalificeert als

46 CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63 (*Chador*).

47 Zie voor overige oordelen ten aanzien van gezichtsbedekkende sluiers (de CGB gebruikt in deze zaken het genusbegrip 'gezichtssluiers') en waarbij de CGB dezelfde kwalificatiewijze volgt: CGB 23 juli 2004, oordeel 2004-95; CGB 1 september 2004, oordeel 2004-110; CGB 20 mei 2005, oordeel 2005-86; CGB 25 juli 2006, oordeel 2006-159; CGB 6 mei 2009, oordeel 2009-36; CGB 3 april 2015, 2015-30.

48 CGB 7 augustus 1995, oordeel 95-31 (*hoofddoek*). Zie hierover: Sluis, *Ondernemersbrief* nr. 5, 1995, p. 1-3, Zie ook CGB 22 december 1999, AB 2000, 72, m.nt. BPV.

49 CGB 21 maart 1997, oordeel 1997-23 (*Bidden*).

50 CGB 26 maart 1997, oordeel 1997-24 (*Tulband*).

51 CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94 (*Handen schudden*). Zie ook: CGB 7 november 2006, oordeel 2006-220-221, CGB 7 augustus 2014, oordeel 2014-93 en CGB 30 juni, oordeel 2015-76.

godsdienstige uiting of gedraging.⁵² In alle bovengenoemde zaken gaat de commissie uit van de interpretatie die de klagende partij van zijn of haar (door de klager of klaagster als religieus aangemerkt) handelen geeft.⁵³ Dat sommige andere gelovigen binnen de betreffende religieuze geloofsgemeenschap hierover anders denken doet daaraan niet af.⁵⁴ Annotator Vermeulen verwoordt deze redenering als volgt:

‘Als de betrokkene naar voren brengt dat zij op grond van haar islamitische geloofsachtergrond een dergelijk kledingstuk moet dragen, dan moet de juridische beslisser (commissie, bestuur, rechter) daar in principe van uitgaan, zolang er geen sprake is van willekeur waardoor het aangevoerde godsdienstige motief apert ongeloofwaardig wordt.’⁵⁵

Geen kwalificatie op basis van een volstrekt subjectieve geloofsovertuiging?

Opmerkenswaardig is dat de CGB in met name de wat oudere oordelen deze subjectiverende kwalificatie enigszins ontkracht door te stellen dat zuiver individuele en subjectieve opvattingen en de uitingen en gedragingen die daaruit volgen niet worden beschermd. Dit voorbehoud brengt de CGB bijvoorbeeld naar voren in de wat oudere zaken met betrekking tot het dragen van een hoofddoek of het weigeren om handen te schudden van iemand van de andere sekse.⁵⁶ Bijvoorbeeld in een zaak met betrekking tot een man die niet was aangenomen voor de functie van reproductiemedewerker op een school omdat hij had aangekondigd vrouwen op grond van zijn geloof geen hand te zullen geven. De CGB stelt dat, hoewel de justitiabele niet heeft verwezen naar

52 Zie bijv. CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22.

53 Dat deed het CRM niet in de *pastafari*-zaak. In zijn uitspraak stelt het CRM: ‘... het College [is] van oordeel dat het piratenkostuum niet in brede kring wordt gezien als een uiting daarvan [godsdienst]...’. Deze kwalificatie is objectiverend van aard omdat er gerefereerd wordt naar algemene opvattingen. Deze uitspraak wijkt af van de jurisprudentielijn van het CRM aangezien in andere (met name) islamitische uitspraken (zie hierna) juist het uitgangspunt was dat wanneer eenmaal vastgesteld was dat de justitiabele een geloof aanhangt het niet meer relevant is in hoeverre er binnen of buiten de eigen geloofskring tegen de betreffende uiting of gedraging wordt aangekeken. Zie CRM 11 december 2017, oordeel 2017-145.

54 Zie annotatie B.P. Vermeulen bij Rb. Amsterdam 21 mei 2001, AB 2001, 342.

55 CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, AB 2003, 233, m.nt. B.P. Vermeulen (*Nikaab*). De laatste toevoeging van Vermeulen spreekt vanzelf. Indien een justitiabele puur willekeurig een geloofsmotief tevoorschijn ‘tovert’, dan kan dit motief niet als geloofwaardig worden gezien. Vraag blijft echter wel wanneer er sprake is van willekeur.

56 CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94; CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22; Rb. Amsterdam 21 mei 2001, AB 2001, 342.

‘... traceerbare religieuze voorschriften en tradities waarmee kan worden aangetoond dat het niet geven van een hand aan een persoon van het andere geslacht een algemeen erkende uiting kan zijn van het moslimgeloof ...’;

dit geen reden is om aan te nemen ‘... dat het niet geven van een hand, hoofdzakelijk of zelfs uitsluitend, stoelt op een individuele, subjectieve opvatting’. Dat het niet willen handen schudden geen volstrekt subjectieve opvatting is, blijkt volgens de CGB uit het feit dat de CGB met enige regelmaat klachten krijgt van moslims die beweren om deze gedraging te zijn gediscrimineerd. Daarom is het volgens de CGB aannemelijk dat het niet geven van een hand aan een persoon van het andere geslacht een gedraging is die uitdrukking kan geven aan een geloofsopvatting.⁵⁷ De CGB refereert in deze zaak aan het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid en stelt dat het niet aan haar is om te treden in verschillen van meningen over theologische leerstellingen, die hun weerslag kunnen hebben op de wijze waarop personen uiting kunnen geven aan hun godsdienst. Tegelijkertijd impliceren bovenstaande overwegingen dat indien een uiting of gedraging voortvloeit uit een louter individuele, subjectieve opvatting er minder belang dient te worden gehecht aan het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Voor dergelijke uitingen geldt kennelijk dat ze niet worden beschouwd als religieuze uiting in juridische zin.⁵⁸

Bij deze consequentie zijn de nodige kanttekeningen te maken. Kennelijk is de CGB niet geheel overtuigd van de zelfdefinitie van het rechtssubject, maar vindt zij dat de uiteindelijke kwalificatie toch wel iets objectiefs in zich moet dragen, in de zin dat de opvatting niet geheel subjectief mag zijn maar op de een of andere manier moet aansluiten bij een bestaande religieuze stroming. Om die reden verwijst de CGB naar de regelmaat waarmee zij klachten krijgt over discriminatie vanwege het niet willen handen schudden door moslims. Eigenlijk past de CGB daarmee een objectiverende kwalificatie toe. Ze hanteert criteria met een algemeen karakter buiten het rechtssubject om. We hebben gezien dat ook het EHRM in het arrest *S.A.S. v Frankrijk* terughoudend is om een subjectiverende kwalificatie toe te passen. Uit dit arrest bleek dat ook het EHRM impliciet waarde eraan hecht dat een uiting of gedraging niet volledig subjectief is maar voldoende relatie heeft met een bekende godsdienst of levensovertuiging. Uitingen of gedraging met een volledig subjectieve basis worden niet beschermd. Waarom is dat? Waarom zou een individuele gelovige niet een geheel eigen interpretatie mogen hebben van bepaalde theologische uitgangspunten en daarin bescherming verdienen? Wat is het verschil tussen het individu en een kleine religieuze minder-

57 CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22, r.o. 5.15.

58 Zie o.a. CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94; CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22, r.o. 5.15.

heid?⁵⁹ De uiterste consequentie van de redenering dat een geloofsuiting of gedraging niet geheel individueel mag zijn, is dat belangrijke religieuze 'hervormers' (bijv. Jezus, Abraham, Paulus, Luther, Calvijn, Mohammed etc.) geen aanspraak zouden kunnen maken op de godsdienstvrijheid omdat hun opvatting te subjectief is. Toch zou men kunnen betogen dat de godsdienstvrijheid juist voor deze 'dissenters', en voor de samenleving, van grote betekenis is.⁶⁰

7.3.5 *Kwalificatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst door de nationale rechter*

De rechter heeft zich in het verleden onder andere uitgelaten over het dragen van hoofddoek, tulband, baard, kruisje en het weigeren handen te schudden van personen van het andere geslacht. Achtereenvolgens zal ik kort de zaken behandelen waarin deze uitingen en gedragingen voor het eerst voor de rechter werden gebracht. De eerste uitspraken over de hoofddoek dateren van eind jaren tachtig en begin jaren negentig.⁶¹ Voordat de rechter zich inhoudelijk hierover uitsprak ontstonden er echter al discussies over in de samenleving en de politiek. Zo was er in 1985 een 'rel' in Alphen aan den Rijn waar een wethouder van Onderwijs besloot het dragen van hoofddoekjes op openbare scholen te verbieden. Voor dit besluit leunde hij op een deskundigenadvies waarin werd gesteld dat op basis van de Koran niet gezegd kon worden dat een hoofddoekje essentieel was voor de islamitische geloofsbeleving. Dit standpunt leidde tot veel protest van Nederlandse moslims en het Nederlands Centrum Buitenlanders (NCB) en tot Kamervragen van Tweede Kamerlid Van Ooijen.⁶² Toenmalig minister van Onderwijs Deetman verklaarde daarop dat het leerlingen verbieden om op een openbare school een hoofddoekje te dragen niet past in onze huidige samenleving. Door alle com-

59 Men kan zich in dit verband ook afvragen in hoeverre onbekende sekten vallen binnen het godsdienstbegrip. Overigens hanteer ik in dit onderzoek geen aparte definitie voor sekten. Ik wil mij niet 'branden' aan een eventueel verschil tussen een sekte of een godsdienst.

60 Zie in dit verband: Van Praag 2008, p. 51. De auteur beschrijft hierin o.a. dat bevlogen figuren zoals Paulus, Luther, Calvijn, etc. moeilijk zijn te kwalificeren als pathologisch gezien hun unieke creativiteit, de diepgang van hun inzichten, hun literaire/essayistische talenten en de duurzame invloed die zij hebben uitgeoefend op onze cultuur.

61 Rath 1996, p. 47. Hierin wordt verwezen naar *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1989, nr. 293.

62 *Aanhangsel Handelingen II* 1984/85, nr. 700, p. 1383-1384.

motie die was ontstaan besloot de wethouder van Alphen aan den Rijn het besluit in te trekken.⁶³

In een uitspraak van het Kantongerecht Apeldoorn uit 1994 ging het om een ontslag van een moslima wegens het dragen van een hoofddoek. In deze zaak oordeelde de kantonrechter echter niet dat er sprake was van verboden onderscheid, maar dat het ontslaan van iemand die om geloofsredenen een hoofddoekje draagt niet kan worden gekwalificeerd als een 'dringende reden' voor ontslag in de zin van het Burgerlijk Wetboek (artikel 7:677 lid 1 BW). Hoewel de rechter op grond van de verklaring van moslima aannam dat het dragen van een hoofddoek een religieuze uiting is, was hij kennelijk niet bereid om het ontslag in verband te brengen met discriminatie op grond van godsdienst of met een schending van de godsdienstvrijheid.⁶⁴ Eenzelfde benadering treffen we aan ten aanzien van het om religieuze redenen dragen van een tulband en baard door een Sikh in een uitspraak door het Kantongerecht Amsterdam van 1986. Hoewel de rechter deze gedragingen erkende als religieuze uitingen oordeelde hij slechts dat een ontslag vanwege deze religieuze uiting geen gewichtige reden vormt en niet dat er sprake was van discriminatie op grond van godsdienst of een schending van de godsdienstvrijheid.⁶⁵ In latere uitspraken toetst de rechter wel degelijk of er sprake is van discriminatie van godsdienst. Zo oordeelde de rechtbank ten aanzien van een franchisenemer van McDonald's dat zijn huisregels die het dragen van hoofddoeken verboden, indirect onderscheid op grond van godsdienst opleverden en daarmee in strijd waren met de AWGB. De rechter baseerde zijn oordeel dat het dragen van een islamitische hoofddoek een uiting is van een geloofsovertuiging op de opvattingen van de justitiabele.⁶⁶

De eerste rechterlijke uitspraak die betrekking had op een moslim die geen handen wilde schudden van de andere sekse dateert uit 2008.⁶⁷ Het betrof hier een zaak waarin een orthodoxe moslim een functie als klantmanager bij de Dienst Sociale Zaken en Werkgelegenheid bij de gemeente Rotterdam werd geweigerd, omdat hij in zijn sollicitatiegesprek aangaf vrouwen geen hand te willen schudden wegens zijn geloofsovertuiging. De CGB had zich

63 Rath 1996, p. 47. Zie ook Shadid & Van Koningsveld, *De Nederlandse Gemeente* 1985, p. 275-277.

64 Ktr. Apeldoorn 30 november 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9125. Zie ook: Heerma van Vos, *NJCM-Bulletin* 1994 (5), p. 569-574.

65 Ktr. Amsterdam 24 januari 1986, ECLI:NL:KTGAMS:1986:AI7583.

66 Ktr. Tiel 1 september 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS6299.

67 Zie Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643, *Gst.* 2008, 132. Zie later o.a.: CRvB 7 mei 2009, *AB* 2009, 280, m.nt. L.C. Groen en B.P. Vermeulen. Vgl. Rb. Utrecht 30 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB2648, *AB* 2007, 307, *TAR* 2007, 197, m.nt. J.H.G.E. van Hedel en R.J.B. Schutgens (in deze zaak toetste de rechter niet inhoudelijk of het niet willen schudden van handen gekwalificeerd dient te worden als een godsdienstige gedraging).

eerder over deze zaak uitgesproken en subjectiverend vastgesteld dat de weigering van de man een rechtstreekse uitdrukking was van zijn geloof.⁶⁸ De rechtbank ging net als de CGB uit van een subjectiverende kwalificatiewijze.⁶⁹ In hoger beroep maakt het gerechtshof echter gebruik van een objectiverende kwalificatie omdat het dan uitdrukkelijk stelt dat:

‘... appellant voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er orthodoxe religieuze stromingen zijn waarin de opvatting wordt gehuldigd dat de islam dwingt (huwbare) vrouwen niet de hand te schudden als zijnde “onrein”, en dat hij tot een dergelijke stroming behoort’.⁷⁰

De rechter en later het hof meenden overigens in tegenstelling tot de CGB dat het gemaakte indirect onderscheid objectief gerechtvaardigd werd doordat de gemeente wilde voorkomen dat burgers door de klantmanager werden gediscrimineerd op grond van geslacht.

In 2009 speelde voor de Amsterdamse rechter een zaak die ging over het dragen van een koptisch kruisje door een tramconductor. Het ging hier om het dragen van een kruisje aan een ketting over het uniform door een medewerker van het gemeentelijk vervoersbedrijf (GVB) van Amsterdam. Het GVB verbood de man op grond van een kledingvoorschrift om een ketting met een kruis over zijn uniform te dragen. Volgens de GVB kon het dragen van het kruisje veiligheidsrisico's met zich brengen en deed het afbreuk aan een representatieve en professionele uitstraling. De medewerker stelde voor de rechter dat het voor hem 'uiterst belangrijk is dat hij zijn geloof kan uitdragen door zichtbaar de ketting met het kruis te dragen'. Het niet openlijk kunnen dragen van zijn ketting met kruis is volgens de medewerker een schending van zijn recht op godsdienstvrijheid.⁷¹

De rechter ging in deze uitspraak uit van een redelijke uitleg van de godsdienstvrijheid. Volgens de rechter was de godsdienstvrijheid niet aan de orde. De rechter overwoog dat het verbod van algemene aard was en gericht op het dragen van kettingen (neutraal doel). Een redelijk uitleg van de gods-

68 CGB 5 oktober 2006, oordeel 2006-202. De CGB verwijst naar eerdere uitspraken waarin zij uitging van een subjectiverende kwalificatie. CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94, CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22 en CGB 27 maart 2006, oordeel 2006-51. De CGB overweegt in deze zaken: 'Omtrent de vraag of het niet geven van een hand aan een persoon van het andere geslacht valt onder het begrip godsdienst geldt het volgende. De omstandigheid dat godsdienstige voorschriften en regels niet alom worden nageleefd en dat over het geven van handen in moslimkringen – en daarbuiten – verschillend wordt gedacht, doet daaraan voor de bescherming van een persoon tegen ongeoorloofd onderscheid, zoals bedoeld in de AWGB, in beginsel niet af.'

69 Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643, *Gst.* 2008,132, r.o. 5.2.3.

70 Gerechtshof 's-Gravenhage 10 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1270, r.o. 4.

71 Rb. Amsterdam 14 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6378.

dienstvrijheid gaat ervan uit dat niet elke gedraging die is ingegeven door een godsdienstige overtuiging onder elke omstandigheid valt onder de *vrijheid* van godsdienst. Hoewel de rechter niet ontkent dat het dragen van de ketting met het kruisje godsdienstig is, oordeelt hij wel dat de justitiabele niet de vrijheid heeft om deze ketting als medewerker van een vervoersbedrijf te dragen.⁷²

Het gerechtshof kwam in hoger beroep tot eenzelfde oordeel als de rechtbank, met eenzelfde resultaat, namelijk dat het verbod van het GVB kon worden gehandhaafd. De weg die het gerechtshof hiertoe behandelde was echter anders. Een belangrijk verschil is dat het gerechtshof niet uitgaat van een redelijke uitleg van de godsdienstvrijheid maar het dragen van een kruisje aan een ketting wel laat vallen onder de bescherming van de godsdienstvrijheid.⁷³

Bij zijn beoordeling of het dragen van een ketting met een kruisje moest worden gekwalificeerd als een religieuze gedraging overwoog het gerechtshof dat de opvatting van de medewerker dat het dragen van een ketting met kruisje een gedraging is die volgt uit zijn geloofsovertuiging, niet louter een particuliere opvatting is, maar steun vindt bij leden van zijn christelijke geloofsgemeenschap.⁷⁴ Op grond van deze overweging kan geconstateerd worden dat het hof ruimte biedt aan de zelfdefinitie van de werknemer. De benadering van het hof past daarmee in een accommodationistisch perspectief: het accommodeert de opvattingen van de justitiabele in zijn kwalificatie. Overigens valt op dat het hof een objectief element in zijn kwalificatie inbouwt door te stellen dat de opvatting van de werknemer niet een individuele bijzonderheid is maar door meerdere leden van de geloofsgemeenschap van de werknemer wordt onderschreven. Hier gaat de rechter uit van eenzelfde benadering als het EHRM en de CGB en in bovengenoemde zaken (zie 4.3.2-4.3.4) en neemt hij geen genoegen met een individueel geloof, maar moeten er meer mensen zijn die het betreffende geloof aanhangen.

Uit bovenstaande jurisprudentie blijkt dat de rechter minder dan de CGB de zelfdefinitie van het rechtssubject op de voorgrond stelt. Hoewel de rechter dit minder nadrukkelijk in zijn overwegingen naar voren brengt dan de CGB kunnen we de kwalificatie van de rechter in veel gevallen omschrijven als een subjectiverende omdat hij in belangrijke mate afgaat op de verklaringen van de justitiabele. Ten slotte zien we in de jurisprudentie van de nationale rechter net als in de jurisprudentie van de CGB terugkomen dat de rechter in sommige gevallen impliciet als voorwaarde stelt dat de betreffende uiting of gedraging niet singulier van aard is. We kunnen stellen dat de rechter daarmee een objectief kader schept voor een subjectiverende kwalificatie-

72 Rb. Amsterdam 14 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6378, r.o. 5.

73 Gerechtshof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM7410, r.o. 3.12.

74 Gerechtshof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM7410, r.o. 3.6.

wijze: de verklaring van de justitiabele is bepalend voor de vraag wat telt als godsdienst mits datgene wat zou moeten tellen als godsdienst ook door voldoende anderen, in een gemeenschap, als zodanig wordt gezien.

7.3.6 *Kwalificatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst door het EHRM*

Bovenstaande GVB-zaak toont verwantschap met de twee uitspraken van het EHRM in de *Eweida*-zaak uit 2013.⁷⁵ In dit arrest werd door het EHRM uitspraak gedaan over meerdere Britse zaken. Binnen het bestek van dit hoofdstuk is de uitspraak relevant ten aanzien van een medewerkster (*Eweida*) van British Airways die op grond van haar godsdienstige overtuiging over haar uniform een kruisje aan een ketting wenste te dragen en de uitspraak ten aanzien van een verpleegster (*Chaplin*) die werkte in een openbaar ziekenhuis en dezelfde wens had. In beide gevallen werd het dragen van het kruisje verboden op grond van een kledinginstructie. Beide dames volhardden in hun wens, wat tot ontslag leidde. Voor het EHRM klagen ze dat het Verenigd Koninkrijk onvoldoende maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat ze in hun werksituatie zijn geschonden in hun godsdienstvrijheid en gediscrimineerd op basis van godsdienst. Interessant is dat de regering van het Verenigd Koninkrijk voor het EHRM betwijfelt of het dragen van een kruisje wel moet gelden als een religieuze uiting. De regering stelt dat het dragen van een kruisje niet kan gelden als een algemeen erkende vorm van belijden binnen het christendom en ook niet kan worden gezien als een geloofsverplichting die is terug te vinden binnen het christelijke geloof. Aangezien het EHRM in zijn jurisprudentie herhaaldelijk stelt dat niet iedere uiting of gedraging die is ingegeven door religie wordt beschermd door artikel 9 EVRM, is de regering van mening dat ook het dragen van een kruisje buiten de reikwijdte ervan valt. Daarnaast stelt de regering met een verwijzing naar eerdere EHRM-jurisprudentie, dat de godsdienstvrijheid niet aan de orde is omdat het *Eweida* vrijstond om een andere baan te nemen waarin ze wel de vrijheid had om een kruisje aan een ketting te dragen.⁷⁶

Eweida en *Chaplin* betogen voor het EHRM dat het dragen van een kruisje aan een ketting binnen het christendom wel degelijk een erkende religieuze uiting is. *Eweida* stelt het criterium ter discussie dat er sprake moet zijn van een 'gedraging of uiting van godsdienst die in algemene zin wordt erkend'. Volgens *Eweida* is een dergelijk criterium te vaag en leidt dit tot de situatie dat de rechter wordt binnengezogen in een theologische discussie.

75 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, ECLI:NL:XX:2013:BZ1190, *NJB* 2013/499 (*Eweida and Others v United Kingdom*).

76 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 58.

Daarnaast beargumenteert zij dat een restrictieve benadering van de reikwijdte van de godsdienstvrijheid (waarbij enkel uitingen en gedragingen die een direct uitvloeisel zijn van de godsdienst als godsdienstig worden gekwalificeerd) in strijd is met het belang dat het EHRM toekent aan de vrijheid van godsdienst. Ten slotte betoogt Eweida dat het EHRM niet moet uitgaan van de leer die ontwikkeld is in eerdere jurisprudentie en die bepaalt dat indien een beperking op de godsdienstvrijheid door de justitiabele kan worden omzeild (bijvoorbeeld door het nemen van ontslag en ergens anders gaan werken), er geen sprake is van een rechtstreekse uitdrukking van godsdienst die valt onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM.⁷⁷ In aanvulling hierop stelt Chaplin dat het EHRM niet als uitgangspunt mag nemen dat alleen algemeen bekende en erkende geloofsverplichtingen binnen een religieuze traditie bescherming verdienen onder artikel 9 EVRM. Dit zou namelijk religies bevoordelen die een veelvoud hebben aan dergelijke specifieke geloofsverplichtingen, zoals de islam, ten opzichte van religies die dit in mindere mate hebben, zoals het christelijke geloof.⁷⁸

Voordat het EHRM deze zaken *in concreto* beoordeelt, herhaalt het ten aanzien van de reikwijdte van de godsdienstvrijheid de gebruikelijke uitgangspunten die voortvloeien uit eerdere jurisprudentie⁷⁹ en voegt het hieraan ook een aantal nieuwe gezichtspunten toe. Zo constateert het EHRM dat het in eerdere zaken geoordeeld heeft dat indien een persoon in staat is om een bepaalde beperking van zijn godsdienstvrijheid te voorkomen het uitgangspunt is dat de godsdienstvrijheid niet aan de orde is. Het verwijst daarvoor naar de *Cha'are Shalom Ve Tsedek*-zaak,⁸⁰ waarin geen schending van de godsdienstvrijheid werd aangenomen vanwege het niet toestaan van een specifieke vorm van religieus slachten. De redenering was dat de godsdienstvrijheid niet was geschonden omdat het vlees dat met deze vorm van slacht kon worden verkregen ook via andere manieren kon worden bemachtigd, bijvoorbeeld door import uit België.⁸¹ Met andere woorden, de godsdienstvrijheid was in die zaak niet aan de orde omdat de beperking op de godsdienstvrijheid kon worden omzeild door middel van de import. Deze rede-neertrant werd in het verleden ook door het EHRM toegepast ten aanzien van zaken waarin een werknemer door zijn werkgever werd beperkt in zijn godsdienstvrijheid.⁸² Het uitgangspunt was dan dat de werknemer de moge-

77 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 65.

78 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 67.

79 Zie hierover 2.4 en 2.2.5.

80 EHRM 27 juni 2000, nr. 27417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek*).

81 Zie hierover uitgebreid 8.5.

82 Zie bijvoorbeeld de zaak *Konttinen v Finland*, ECRM 3 december 1996, nr. 24949/94, waarin de klager, een zevendedagsadventist zijn ontslag gekregen had omdat hij niet wilde werken op zondag. In deze zaak oordeelde het ECRM dat er geen sprake was van een schending van de godsdienstvrijheid, omdat de klager de mogelijkheid had

lijkheid had om ontslag te nemen en ander werk te kiezen. Vanwege die mogelijkheid achtte het EHRM de godsdienstvrijheid in zulke gevallen niet van toepassing. Het EHRM komt terug van deze benadering en slaat een nieuwe weg in. Het stelt dat de overweging dat iemand de mogelijkheid heeft om van baan te wisselen – zodat hij niet beperkt wordt in zijn godsdienstvrijheid – beter betrokken kan worden in de belangenafwegingen die ten grondslag ligt aan artikel 9 lid 2 EVRM (of een beperking legitiem en proportioneel is in een democratische samenleving) dan dat – zoals voorheen – men stelt dat de betreffende uiting of gedraging buiten de reikwijdte valt van artikel 9 EVRM omdat de persoon in kwestie de mogelijkheid had om de ‘beperking’ te omzeilen.⁸³

De voorgaande principes past het EHRM vervolgens toe op de zaak van Eweida en Chaplin. Het overweegt ten aanzien van Eweida:

‘Applying the principles set out above, the Court considers that Ms Eweida’s behaviour was a manifestation of her religious belief, in the form of worship, practice and observance, and as such attracted the protection of Article 9.’⁸⁴

Ten aanzien van *Chaplin* wordt deze overweging herhaald. In beide zaken gaat het EHRM uit van de uitleg die de klagers geven over het dragen van een ketting met een kruis. Oftewel, het gaat uit van een subjectiverende kwalificatiewijze waardoor in dit geval de gedraging als religieus in de zin van artikel 9 lid 1 wordt gekwalificeerd. Het EHRM beoordeelt vervolgens in beide zaken of de beperking van het niet mogen dragen van deze ketting conform artikel 9 lid 2 EVRM heeft plaatsgevonden.⁸⁵ Ten aanzien van Eweida komt het EHRM tot de einduitspraak dat er sprake is van een schending van de godsdienstvrijheid aangezien het commerciële belang van British Airways volgens het EHRM niet opweegt tegen het religieuze belang van Eweida. De beperking van de godsdienstvrijheid van Eweida is met andere woorden niet noodzakelijk.⁸⁶ In de zaak *Chaplin* oordeelde het EHRM dat haar beperking van de godsdienstvrijheid wel als legitiem en voldoende proportioneel kan worden gezien omdat het ziekenhuis deze uiting verbood uit veiligheids-overwegingen.⁸⁷

om ergens anders te gaan werken. De ECRM oordeelde dat om die reden de godsdienstvrijheid niet van toepassing was.

83 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 83.

84 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 89.

85 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 89, 97.

86 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 94.

87 EHRM 15 januari 2013, nrs. 48420/10, 59842/10, par. 99.

Naast deze zaken zijn er nog enkele EHRM uitspraken⁸⁸ geweest met betrekking tot het dragen van een hoofddoek. Deze uitspraken hadden betrekking op de context van het onderwijs. Daarom bespreek ik ze in de hoofdstukken over het onderwijsrecht.⁸⁹

7.3.7 *Legitimatie van overige kleding en van omgangsvormen als uiting van godsdienst in de jurisprudentie*

Vanaf begin jaren '90 zien we dat ten aanzien van het vermeende religieuze karakter van kledij, symbolen en omgangsvormen in de jurisprudentie van de CGB en de nationale rechter in toenemende mate de subjectiverende kwalificatiewijze wordt gehanteerd. De zelfdefinitie van het rechtssubject wordt als uitgangspunt genomen om te bepalen of een uiting of gedraging telt als godsdienstige uiting in juridische zin. We zien deze benadering ook terug in de hierboven besproken zaken van het EHRM. Volgens het EHRM hoeft een justitiabele niet aan te tonen dat zijn of haar uiting of gedraging voortvloeit uit een bepaalde religieuze plicht en hoeft een justitiabele ook niet het aanhangen van bepaalde godsdienst te bewijzen. De rechter dient genoeg te nemen met de verklaring van de justitiabele om te bepalen of een bepaalde uiting of gedraging geldt als godsdienst. Indien de justitiabele verklaart moslima te zijn en om die reden een boerka te dragen dan dient de rechter op basis van deze verklaring aan te nemen dat deze uiting een godsdienstige uiting is. Hetzelfde gaat op voor een justitiabele die verklaart christen te zijn en om die reden een ketting met een kruisje over haar verpleegstersuniform wil dragen. Deze benadering waarbij men de zelfdefinitie van het rechtssubject centraal stelt voor de vraag of er sprake is van een godsdienstige gedraging kan worden geassocieerd met het accommodationisme: de rechtsorde accommodeert dan het juridische begrip van godsdienst van het rechtssubject.

Overigens kan in de nationale en EHRM-jurisprudentie en de oordelen van de CGB een voorbehoud worden gesignaleerd ten aanzien van de toepassing van een subjectief godsdienstbegrip. Dat is dat een godsdienstige uiting of gedraging niet een volledig singulier karakter mag hebben. Gesteld kan worden dat in de jurisprudentie de subjectiverende kwalificatiewijze binnen een objectief kader wordt geplaatst. De uiting of gedraging mag niet volledig zijn ingegeven door individuele of subjectieve opvattingen. Kenne-

88 Zie: EHRM 15 februari 2001, 42393/98 (*Dahlab v Zwitserland*); EHRM 29 juni 2004, AB 2004, 338, m.nt. B.P. Vermeulen (*Leyla Sahin*); NJCM-Bulletin 2005, p. 172-185, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin (*Leyla Sahin*); EHRM (Grote Kamer) 10 november 2005, NJ 2006, 170, m.nt. Alkema (*Leyla Sahin*); EHRM 4 december 2008, nr. 27058/05, EHRC 2009/8 (*Dogru v Frankrijk*).

89 Zie hoofdstuk 17-19.

lijk is een belangrijk criterium voor het juridische begrip van godsdienst dat deze godsdienst niet een godsdienst is van één individu maar dat deze godsdienst een collectief karakter draagt. Waarom dit voorbehoud in de jurisprudentie wordt gemaakt wordt niet expliciet gemaakt. Zoals naar voren is gebracht zijn belangrijke religieuze hervormers individuen met een geheel eigen visie. De vraag is dan ook of het beperken van het juridische begrip van godsdienst tot een kenbare collectieve aangelegenheid wel recht doet aan de aard van het fenomeen godsdienst.

De rechtsorde lijkt te verlangen dat er ten minste sprake moet zijn van een bepaalde gemeenschappelijkheid (*communitas*) bij godsdienstuitoefening. Wellicht is het voor de rechtsorde een brug te ver om religieuze uitingen en gedragingen van religieuze pioniers te beschermen. Mogelijk dat dit te verklaren is vanuit het conservatieve karakter van de rechtsorde. Het recht hobbelt als het ware altijd achter de ontwikkelingen in de maatschappij aan. Voordat het recht in staat is bescherming te geven aan het onbekende zal er eerst een maatschappelijke strijd moeten worden gevoerd. Een meer progressieve houding wordt de kop ingedrukt met het argument dat het recht anders onhanteerbaar wordt. Dit argument zou men kunnen zien als een juridische legitimatie ten behoud van de werkzaamheid van het juridische systeem. Men vreest dat een volledige individualisering van het juridische begrip van godsdienst leidt tot een onwerkbaar situatie. Vanuit een accommodationistisch perspectief geredeneerd is dit een uitgangspunt dat in verband kan worden gebracht met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme waarbij tolerantie enkel geldt voor de gevestigde godsdiensten en levensovertuigingen.

We kunnen de hierboven beschreven kwalificatiewijze zoals die gehanteerd wordt in de jurisprudentie ten aanzien van kledij, symbolen en omgangsvormen duiden als gematigd accommodationistisch. Men accommodeert binnen de rechtsorde tot op zekere hoogte religieuze pluriformiteit, zo gauw een uiting of gedraging echter een singulier karakter krijgt is er geen plaats meer voor accommodatie en is men geneigd om te kiezen voor een benadering die geassocieerd kan worden met het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme.

7.4 CONCLUSIE

7.4.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

In dit hoofdstuk heb ik de kwalificatie van kleding en omgangsvormen als godsdienstig onderzocht. Op het niveau van de wetgever heb ik alleen de kwalificatie van de boerka als godsdienstige uiting bestudeerd. De reden hiervoor is dat de wetgever zich niet heeft uitgesproken over de juridische kwalificatie van andere religieuze kleding en omgangsvormen. Overigens

hebben de verschillende wetsvoorstellen tot het verbieden van de boerka niet geleid tot wetgeving en dus is de kwalificatie van de boerka door de wetgever nog geen uitgemaakte zaak. Indien het jongste wetsvoorstel (Rutte II) wordt aangenomen zal dit wellicht veranderen. De kans is echter vrij groot dat als er wetgeving komt, de wetgever ervan uitgaat dat het dragen van een boerka kan zijn ingegeven door godsdienst. De vraag of het dragen van een boerka een religieuze uiting is, wordt namelijk in alle vijf de ingediende wetsvoorstellen bevestigend beantwoord. De kwalificatiewijze is echter niet bij alle wetsvoorstellen gelijk. In de voorstellen van Balkenende IV en Rutte II gaat men uit van een subjectiverende kwalificatiewijze. De indieners erkennen expliciet dat er verschillende motieven zijn voor het dragen van een boerka. Ze vinden dat de wet ruimte moet laten voor de zelfdefiniëring van de dragers van de boerka.

In de wetsvoorstellen van Wilders en Fritsma, Kamp en Rutte I erkent men ook dat het dragen van een boerka kan zijn ingegeven door een godsdienstige overtuiging. Waarop deze kwalificatie is gebaseerd wordt echter niet duidelijk uit de voorstellen. Er wordt niet stilgestaan bij de mogelijke beweegredenen voor het dragen van een boerka, maar er wordt simpelweg van uitgegaan dat die beweegredenen religieus van aard is. Er wordt geen aandacht geschonken aan de zelfdefinitie van boerkadraagsters. We kunnen dan ook moeilijk stellen dat er sprake is van een subjectiverende kwalificatiewijze. Ook is het niet eenvoudig om deze kwalificatiewijze te betitelen als objectief. Uit de wetsvoorstellen blijkt immers niet dat er objectieve maatstaven van buiten het rechtssubject zijn aangevoerd om vast te stellen dat het dragen van een boerka een godsdienstige uiting is. Toch is de conclusie dat de wetsvoorstellen uitgaan van een autonome kwalificatiewijze ook niet helemaal op zijn plaats. De indieners bepalen immers niet geheel op eigen houtje dat het dragen van een boerka wordt ingegeven door godsdienst, maar men zou kunnen zeggen dat ze aansluiten bij de veronderstelde algemeen in de samenleving levende overtuiging dat het dragen van een boerka voortvloeit uit een islamitische geloofsovertuiging.

Op grond van de analyse van de jurisprudentie van het EHRM, de nationale rechter en de CGB blijkt dat rechterlijke instanties in toenemende mate de subjectiverende kwalificatiewijze zijn gaan toepassen bij de kwalificatie van persoonsgebonden uiterlijke kenmerken als godsdienstig. In de *Eweida*-zaak uit 2012 huldigt het EHRM een subjectiverende kwalificatiewijze. Uitgangspunt daarbij is dat een justitiabele niet hoeft aan te tonen dat zijn of haar uiting of gedraging voortvloeit uit een bepaalde religieuze plicht en ook niet hoeft te bewijzen dat hij of zij aanhanger is van een bepaalde godsdienst. De rechter dient deze informatie aan te nemen op grond van de verklaring van de justitiabele.

Ten aanzien van de nationale rechtspraak en de CGB-oordelen kan worden geconcludeerd dat er over het algemeen een subjectiverende kwalifica-

tiewijze wordt toegepast. We kunnen een subjectiverende trend waarnemen vanaf halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw. Met name de CGB heeft hierin een voortrekkersrol vervuld. Stelregel in de jurisprudentie is dat men uitgaat van de verklaringen van de justitiabele om te bepalen of een uiting of gedraging telt als godsdienst. Daarbij overweegt men expliciet dat indien er binnen een religie verschillend wordt gedacht over religieuze verplichtingen, bijvoorbeeld ten aanzien van het dragen van een boerka, dit geen gevolgen heeft voor de vraag of er sprake is van een religieuze uiting.

Overigens zien we in de jurisprudentie van het EHRM, de nationale rechter en ook de CGB over het algemeen een bepaald voorbehoud terug ten aanzien van de subjectiverende kwalificatiewijze. De subjectiverende kwalificatiewijze wordt namelijk niet toegepast indien de uiting of gedraging een singulier karakter heeft. De uiting of gedraging mag niet volledig zijn ingegeven door individuele of subjectieve opvattingen. Kennelijk is een belangrijk criterium voor het juridische begrip van godsdienst dat deze godsdienst niet een godsdienst is van één individu maar dat deze godsdienst een collectief karakter draagt.

7.4.2 *Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?*

De kwalificatie van de boerka in de wetsvoorstellen van Balkenende IV en Rutte II kan vanuit politiek-filosofisch perspectief worden geduid als accommodationistisch. Let wel, het gaat hier dan enkel om de wijze waarop bepaalde uitingen en gedragingen worden gekwalificeerd en niet of de rechtsorde vervolgens ook het dragen van de boerka toestaat (dus om de accommodatie van de erkenning niet van de gedraging als zodanig). In de wetsvoorstellen van Balkende IV en Rutte II wordt niet aan de hand van objectieve maatstaven bepaald of het dragen van een boerka een religieuze uiting is. Men gaat uit van de verklaringen van de justitiabele. De rechtsorde accommodeert religieuze pluriformiteit doordat bij de totstandkoming van wetgeving wordt erkend dat het dragen van een boerka kan zijn ingegeven door een religieus motief. Zoals gezegd is dit in de voorstellen niet een zwaarwegende reden om af te zien van een verbod omdat er andere redenen (die liggen vervat in de beperkingssystematiek van de godsdienstvrijheid) zijn die het vanuit het perspectief van de indieners noodzakelijk maken om de boerka te verbieden.

In de wetsvoorstellen van Wilders en Fritsma, van Kamp en van Rutte I gaat men ervan uit dat het dragen van de boerka een islamitische uiting is. In deze voorstellen wordt niet onderbouwd met objectieve maatstaven waaruit blijkt dat het dragen van een boerka een islamitische uiting is. Deze kwalificatie lijkt te zijn ingegeven door de veronderstelling dat iedereen het er in de maatschappij over eens is dat het dragen van een boerka een islamitische

uiting is. Deze veronderstelling is moeilijk in verband te brengen met een juridische of politiek-filosofische legitimatie.

De wijze waarop in de jurisprudentie van het EHRM, de nationale rechter en de CGB over het algemeen de boerka en andere kledij, symbolen en omgangsvormen worden gekwalificeerd past bij een gematigd accommodationistisch perspectief. Men accommodeert religieuze pluriformiteit doordat men bij de vraag wat telt als godsdienst(ig) de verklaring van de justitiabele als uitgangspunt neemt. Hierbij geldt echter wel een voorbehoud. Zowel uit de jurisprudentie van het EHRM, de nationale rechter en de CGB blijkt dat uitingen en gedragingen met een singulier karakter niet worden erkend als godsdienstige uiting of gedraging. De uiting of gedraging mag niet volledig zijn ingegeven door individuele of subjectieve opvattingen. Vanuit een meer politiek-filosofisch perspectief past deze benadering bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Men is tolerant ten aanzien van traditionele gevestigde religies maar niet voor atypische, singuliere en exotische overtuigingen.

8 | De eedsaflegging

8.1 INLEIDING

In deze paragraaf behandel ik het begrip van godsdienst naar aanleiding van de uitleg van de aflegging van de eed of belofte. We komen een algemene bepaling over de eedsaflegging tegen in de Wet vorm en eed van 1911 en in de Eedswet van 1971. De eerste wet bevat de vorm waarin de eed of belofte wordt afgenomen.¹ De tweede wet bepaalt dat wanneer een wettelijk voorschrift het afleggen van een eed verlangt, hieronder ook een belofte kan worden verstaan. Verder komen we bepalingen over de eedsaflegging tegen in verschillende wetten over specifieke onderwerpen. Ten eerste bepalingen met als doel te waarborgen dat een getuige of een deskundige in een straf- of burgerlijk proces of tijdens een parlementaire enquête de waarheid spreekt,² ten tweede bepalingen met als doel te waarborgen dat een functionaris (bijvoorbeeld een ambtsdrager of ambtenaar) bij de aanvaarding van een functie die met enig openbaar gezag is bekleed zijn werk naar behoren zal doen.³

1 Minister Donner stelde in 2009 dat de Eedswet van 1911 enkel geldt voor de gerechtelijke procedure. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 29 164, nr. 29, noot 1. Dit lijkt in tegenspraak met de heldere en algemene bewoordingen van de wet: 'Hij, die ter uitvoering van een wettelijk voorschrift mondeling een eed, belofte of bevestiging moet afleggen ...'. Ook De Vries betwijfelt de zienswijze van de minister. Zie De Vries, *TvRRB* 2012-1, p. 7.

2 Art. 221, 294 Sv, art. 203 Rv, art. 13 Wet op de parlementaire enquête.

3 Zonder uitputtend te willen zijn: de Koning (art. 32 Grondwet), de ministers en de staatssecretarissen (art. 49 Grondwet en art. 1 en 2 van de Wet beëdiging ministers en leden Staten-Generaal) het lid van de Staten Generaal (art. 60 Grondwet en art. 1 en 2 van de Wet beëdiging ministers en leden Staten-Generaal), rechterlijke ambtenaren (bijlage bij art. 5g Wet rechtspositie rechtelijke ambtenaren), leden van de Raad van State (art. 6 Wet op de Raad van State), leden van de gemeentelijke rekenkamer (art. 81g Gemeentewet), de advocaat (art. 3 lid 2 Advocatenwet), de notaris (art. 3 Wet op het notarisambt), het lid van de gedeputeerde staten (art. 40a Provinciewet), het statenlid (art. 14 Provinciewet), de burgemeester (art. 65 Gemeentewet), de wethouder (art. 41a Gemeentewet), het raadslid (art. 14 Gemeentewet), ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1:16 BW), de rijksambtenaar (art. 125 *quinquies* lid 1 Ambtenarenwet, Formulier eed/belofte rijksambtenaren van 1998, art. 51, derde lid, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement), de militair (art. 126a Algemeen militair ambtenarenreglement), de politieambtenaar (art. 9 Besluit algemene rechtspositie politie) en de gedecentraliseerde ambtenaar. Daarnaast gelden er nog eedsafleggingen voor de leerplichtambtenaar, inspecteur van de belasting, bestuur van een waterschap, Commissaris van de Koning(in), lid rekenkamer van de Provinciale Staten.

Ten aanzien van de laatste bepalingen wordt in de literatuur wel het onderscheid gemaakt tussen de ambtseed en de zuiveringseed.⁴ De ambtseed garandeert dat de functionaris zijn plichten getrouw nakomt en de wetten naleeft en de zuiveringseed dat de functionaris zijn functie geheel onafhankelijk zal uitvoeren doordat hij bijvoorbeeld zweert of belooft voor zijn benoeming geen giften of beloften te hebben gekregen en deze, eenmaal in functie, niet te zullen aannemen om iets te doen of nalaten. Het onderscheid tussen de ambtseed en de zuiveringseed is niet scherp. In de meeste bepalingen over de eedsaflegging zijn ze samengevoegd.

In 8.2 ga ik allereerst in op het onderscheid tussen de eed en de belofte om vervolgens in paragraaf 8.3 de vorm van de eed of belofte te bespreken. Paragraaf 8.4 gaat in op de uitzonderingen die de wet toestaat op vorm van de eed of belofte. Paragraaf 8.5 bevat een conclusie.

8.2 DE UITLEG VAN DE EED EN DE BELOFTE

De eedsaflegging heeft een religieus object: men zweert op God (zie voor de precieze vorm paragraaf 8.3). Vanouds bestond er een uitzondering voor doopsgezinden en quakers (twee protestantse denominaties) voor de plicht tot het afleggen van de eed. Doopsgezinden en quakers mochten de belofte afleggen omdat zij op grond van de verklaringen van Jezus, zoals die zijn terug te vinden in het Nieuwe Testament, de gevolgtrekking maakten dat zij niet mochten zweren op God.⁵ Deze uitzondering voor doopsgezinden en quakers was echter eeuwenlang een discussiepunt. Sommige critici stelden dat een belofte die niet was afgelegd op God als hogere macht dan de mens zelf, eigenlijk geen waarde had omdat de betrouwbaarheid daarvan slechts rustte op de persoon zelf. Bij de eed zette men immers de verhouding tot God op het spel. Anderen gingen nog verder en stelden dat het doen van een belofte vals was of moest worden gezien als een vorm van afgoderij.⁶

Men zou kunnen stellen dat de eed en de belofte in vroegere tijden waren geobjectiveerd. De eed gold voor de gelovige (christelijke) meerderheid van de bevolking en de belofte voor doopsgezinden en quakers. Eind 19^e eeuw ontstonden er binnen de maatschappij meer groepen die in plaats van de eed de belofte wilden afleggen. In 1910 constateerde de Hoge Raad ten aanzien van hen een leemte in de wet. Voor hen bestond geen uitzondering.⁷ In de Eedswet van 1916 werd daarom bepaald dat ook ten aanzien van deze groe-

4 Elzinga 2004, p. 107.

5 Soeharno 2013, p. 14.

6 De Vries, *TvRRB* 2012-1, p. 13.

7 HR 25 mei 1910, W. 9000; HR 29 december 1913, W. 9574.

pen de (christelijke) eed verplicht was. Deze lijn werd lange tijd vastgehouden.⁸

Langzamerhand veranderden echter de inzichten. Met de Eedswet van 1971 werd het voor niet-gelovigen mogelijk in plaats van een eed een belofte af te leggen.⁹ De Memorie van Toelichting bij de Eedswet 1971 stelt dat het geen zin heeft een eed te eisen van hen door wie die eed niet in geloof wordt afgelegd. Bovendien stelde de wetgever dat geen motivering mag worden gevraagd van de keuze voor de eed of voor de belofte. Volgens de wetgever moeten verklaringen omtrent het niet hebben van een geloof in God, of geloofsopvattingen waaruit bezwaren tegen het leggen van eden voortspuiten, worden begrepen als een formaliteit. Als regel geldt dat de waarde van een dergelijke verklaring niet hoeft te worden toegelicht en onderzocht.¹⁰

Geconcludeerd kan worden dat er zich in de wetgeving een ontwikkeling heeft voltrokken waarbij de eed en de belofte hun objectieve karakter hebben verloren. Zij werden niet meer automatisch aan bepaalde godsdienstige gezindten in de samenleving gekoppeld. In plaats daarvan is het begrip van de eed en de belofte gesubjectieerd. Deze ontwikkeling had ook zijn neerslag in de jurisprudentie. Kon een kantonrechter in 1968 nog oordelen dat een getuige de eed moest afleggen hoewel hij verklaard had geen geloofsovertuiging te hebben, vanaf de inwerkingtreding van de Eedswet van 1971 moest de rechter de niet-gelovige getuige de mogelijkheid bieden om de belofte af te leggen.¹¹

8.3 DE UITLEG VAN DE VORM VAN DE AFLEGGING VAN DE EED EN DE BELOFTE

De vorm van de aflegging van de eed of de belofte wordt bepaald door artikel 1 van de Wet vorm en eed uit 1911. Bij het afleggen van de eed dient men onder het opsteken van de twee voorste vingers van de rechterhand¹² de tekst 'Zo waarlijk helpe mij God Almachtig' uit te spreken. Wie de belofte doet, spreekt de tekst uit 'Dat beloof ik' en dan zonder het opsteken van vingers. De wetgever van 1911 voegde daaraan nog een tenzij-clausule toe die erop neerkomt dat het voor de getuige mogelijk is om de eed of de belofte op een andere wijze af te leggen indien zijn 'godsdienstige gezindheid' hem hiertoe noopte. Bij de terminologie 'godsdienstige gezindheid' dacht de wetgever aan het lidmaatschap van een kerk. De wetgever verwachtte dat de

8 Annotatie 't Hart bij HR 19 april 1988, NJ 1989, 140

9 Kamerstukken I 1970/71, 10260, nr. 167.

10 Kamerstukken II 1968/69, 10260, nr. 3.

11 NRC Handelsblad 14 juni 1968; De Volkskrant 17 juni 1968.

12 Het opsteken van de twee vingers zou de twee naturen (God en mens) van Christus uitbeelden. Zie Van Oven 2009; Soeharno 2013.

rechter zou nagaan tot welk kerkgenootschap de getuige behoorde en of dat kerkgenootschap een wijze van aflegging van de eed of belofte voorschreef die afweek van de algemene regel van artikel 1 van de Wet vorm en eed.¹³ Gesteld kan worden dat de wetgever een objectieve uitleg gaf aan de vorm van de eedsaflegging doordat hij ervan uitging dat elke godsdienstige gezindheid zijn eigen te controleren wijze van aflegging had. Met andere woorden, niet het rechtssubject bepaalde wat de vorm van de eed of de belofte was maar de godsdienstige gezindheid waartoe hij behoorde.

Dit uitgangspunt werd ook in de jurisprudentie onderschreven: ‘...een getuige [is] omtrent de wijze van eedsaflegging gebonden door den ritus van zijn Kerkgenootschap’.¹⁴ De plicht die de rechter had om zelfstandig na te gaan of de godsdienstige gezindheid van de getuige verplicht tot een afwijkende eedsvorm gold tot 1988. In 1988 verlaat de Hoge Raad deze objectiverende kwalificatiewijze. Toen bepaalde de Hoge Raad in afwijking van de wetsgeschiedenis dat het standpunt van de getuige over de wijze waarop hij de eed wil afleggen doorslaggevend is en niet zijn lidmaatschap van een kerkgenootschap.¹⁵ Met deze koersverandering gaf de Hoge Raad blijk van een subjectiverende kwalificatiewijze.¹⁶

In lijn met bovenstaande oordeelde de Hoge Raad in 2002 dat de rechter een gelovige moslim niet kan verplichten de eed op de Koran af te leggen, ook al zou de christelijke eedsformule voor de te beëdigende persoon geen betekenis hebben. In deze zaak werd in cassatie betoogd dat indien een getuige kiest voor het afleggen van de eed, hij deze eed dient af te leggen ‘naar de wijze zijner godsdienstige gezindheid’. Twee getuigen, beiden moslim, hadden volgens eiser tot cassatie moeten worden verplicht tot het afleggen van de eed door middel van het zweren met de hand op de Koran omdat de Nederlandse eed voor hen geen enkele betekenis heeft. De Hoge Raad overwoog echter dat artikel 1 van de Wet vorm en eed degene die kiest voor het afleggen van de eed niet verplicht deze af te leggen ‘naar de wijze zijner godsdienstige gezindheid’. De wet verlangt geen motivering voor de keuze tussen de eed of de belofte. De rechter te wiens overstaan een getuige zijn verklaring moet afleggen, is dan ook niet gehouden te onderzoeken of degene die een verklaring als getuige aflegt, aan zijn godsdienstige gezindheid de plicht ontleent de eed, belofte of bevestiging ‘op andere wijze te doen’. De eigen keuze van de aflegger van de eed of belofte over de vorm daarvan brengt volgens de Hoge Raad tevens mee dat een (weder)partij geen beroep

13 *Bijlage Handelingen II* 1910/1911, 138, 8, p. 16.

14 HR 23 mei 1921, *NJ* 1921, p. 595 e.v., m.nt. Taverne.

15 HR 19 april 1988, *NJ* 1989, 140.

16 Vgl. Wiersinga, *AA* 2003, p. 40-41.

toekomt op het in haar ogen ontbreken van de juiste vorm van die eed of belofte.¹⁷

Bij de vorm van de eed of belofte zien we net als bij de keuze tussen het afleggen van een eed of belofte dat hieraan in eerdere tijden een objectiverende uitleg ten grondslag lag. In het verleden diende de rechter het juiste kerkelijke lidmaatschap van een getuige te onderzoeken en de bijbehorende vorm van eedsaflegging, tegenwoordig gaat de rechter uit van de wijze van aflegging van de eed of belofte zoals die door de getuige naar voren wordt gebracht. Daarbij, zo blijkt uit bovenstaande zaak van 2002, is de getuige niet gehouden de aflegging van de eed of belofte te doen volgens de wijze die objectief het meest past bij zijn godsdienstige gezindheid.

Ook het EHRM lijkt ten aanzien van de vorm van de eed een meer subjectieve uitleg voor te staan. Zo oordeelde het in *Buscarini and Others v San Marino* dat een parlamentslid niet verplicht mag worden om een eed af te leggen op het (christelijke) evangelie. Dit was volgens het EHRM onverenigbaar met artikel 9 EVRM.¹⁸

We kunnen de ontwikkelingen in de wetgeving en jurisprudentie ten aanzien van de aflegging van de eed of belofte duiden als de overgang van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme naar het ideaaltype van accommodationisme. In de huidige meer accommodationistische benadering wordt geprobeerd de opvattingen van de aanhangers van verschillende religies en levensbeschouwingen te accommoderen. De tolerantie die de staat ten aanzien van de eedsaflegging tentoonspreidt neemt niet, zoals voorheen, de erkende kerkgenootschappen als uitgangspunt maar de justitiabele zelf. Hij is het die uitmaakt of hij de eed of belofte aflegt en in welke vorm.

8.4 UITZONDERINGEN OP DE WET VORM EN EED

De Wet vorm en eed van 1911 heeft een algemeen karakter. Zij geldt niet alleen voor gerechtelijke procedures, maar ook voor andere gelegenheden waarbij een eed of een belofte dient te worden afgelegd, bijvoorbeeld bij de

17 HR 29 november 2002, NJ 2003, 61.

18 EHRM 18 februari 1999, nr. 24645/94 (*Buscarini and Others v San Marino*). Zie ook EHRM 3 juni 2010, nr. 42837/06, 3269/07, 35793/07 en 6099/08 (*Dimitras and others v Greece*), par. 76-78. Het EHRM bepaalde hierin dat de Griekse standaardprocedure voor het afleggen van de eed in een strafzaak (bijvoorbeeld bij het afleggen van een getuigenis) in strijd was met art. 9 EVRM. Een getuige diende in deze procedure namelijk de eed af te leggen met de hand op de Bijbel. Wel kon een getuige op een andere wijze de eed afleggen wanneer hij zich beriep op een uitzonderingsbepaling. Deze bepaalde echter dat de betrokkene tot in detail beschreef op welke religie of overtuiging hij dan zijn eed ging afleggen. Dit vereiste vormde een inbreuk op het *forum internum* van de justitiabele, aldus het EHRM.

ambtsbeëdiging van advocaten.¹⁹ Toch zijn er ook gelegenheden waar de Wet vorm en eed van 1911 niet geldt. Zo oordeelde de Afdeling bestuursrecht van de Raad van State in 2002 dat de tenzij-clausule van de Wet vorm en eed van 1911 (d.i. de mogelijkheid tot een afwijkende vorm van aflegging van de eed of belofte op grond van een godsdienstige gezindheid) niet van toepassing is op de eedsaflegging door een Statenlid. In de zienswijze van de afdeling mag een lid van de Provinciale Staten niet in plaats van ‘Zo waarlijk helpe mij God Almachtig’ de formulering ‘Dat verklaar en beloof ik. Zo waarlijk helpe mij God’ bezigen bij de eedsaflegging ter aanvaarding van zijn ambt.²⁰ De Afdeling overwoog dat artikel 14 van de Provinciewet duidelijk voorschrijft dat de eed enkel kan worden afgelegd met de bewoordingen ‘Zo waarlijk helpe mij God Almachtig’ en dat daarvan niet kan worden afgeweken op grond van de Wet vorm en eed van 1911.

De afdeling overweegt:

‘Blijkens intitulé, considerans en wetsgeschiedenis had de wet van 1911 ten doel de indertijd ontstane onzekerheid over de vorm van eden, beloften en bevestigingen in gerechtelijke procedures weg te nemen. Op de wijze van beëdiging van leden van provinciale staten en tal van andere ambtsdragers kon de wet reeds daarom niet van toepassing zijn, omdat deze destijds in de Grondwet waren geregeld. Sinds 1887 kent de Grondwet als alternatief voor de voor de aanvaarding van deze ambten voorgeschreven eden de mogelijkheid een overeenkomstige verklaring en belofte af te leggen. De formulering en strekking van de wet van 1911 maken dat zij wel kan worden toegepast in gerechtelijke procedures die nadien zijn ingevoerd. Voor toepassing op de in 1956 of later gedeconstitutionaliseerde bepalingen, zoals die inzake de beëdiging van leden van provinciale staten, zijn echter noch in de tekst van de desbetreffende wetten, noch in de wetsgeschiedenis toereikende aanknopingspunten voorhanden.’²¹

De Afdeling stelt in aanvulling hierop dat de verplichte formulering van artikel 14 Provinciewet ‘Zo waarlijk helpe mij God Almachtig’ geen ongelijke behandeling van verschillende godsdienstige overtuigingen oplevert. De reden hiervoor is volgens de Afdeling dat men het doel van het afleggen van de eed ook kan bereiken met het afleggen van de belofte. Met andere woorden: de keuze tussen eed en de belofte heeft een neutraal karakter dat tegemoet komt aan alle godsdiensten en levensovertuigingen en is daarom niet in

¹⁹ Art. 3 lid 2 Advocatenwet. Zie Driessen & Lems, *RM Themis* 2011, p. 3.

²⁰ ABRvS 16 januari 2002, ECLI:NL:RVS:2001:AD8743, r.o. 2.1. Zie ook: Verstedes, *Gst.* 2002, p. 92-94; Verstedes, *Gst.* 2001, p. 25-35.

²¹ ABRvS 16 januari 2002, ECLI:NL:RVS:2001:AD8743, r.o. 2.4.1.

strijd met het gelijkheidsbeginsel.²² Deze redenering lijkt wat mager. De wetgever ontnemt immers de gelovigen van godsdiensten anders dan het christendom de mogelijkheid de functie-aanvaarding op hun manier zo oprecht mogelijk in te luiden.²³ Men kan vanuit accommodationistisch perspectief stellen dat deze wet de meerderheid van de bevolking (christenen en niet-gelovigen) bevoordeelt.

Ook ten aanzien van het ambtenarenrecht geldt dat de tenzij-clausule van de Wet vorm en eed niet van toepassing is. Dat blijkt uit de Ambtenarenwet. De Ambtenarenwet gaat uit van een vaste wijze van aflegging van de eed of belofte gebaseerd op de keuze tussen hetzij een (christelijke) eed, hetzij een belofte.²⁴ Artikel 125 *quinquies* lid 1 Ambtenarenwet geeft rijksambtenaren de keuze tussen de eed en de belofte. De vorm van de eed of de belofte is gebonden aan het Formulier eed/belofte rijksambtenaren van 1998, dat berust op artikel 51, derde lid, van het Algemeen Rijksambtenarenreglement. Voor de eed betekent dit dat de ambtenaar de woorden 'Zo waarlijk helpe mij God Almachtig' uitspreekt en voor de belofte 'Dat verklaar en beloof ik!'.²⁵ Dit formulier laat in tegenstelling tot artikel 1 van de Wet vorm en eed dus geen ruimte voor een afwijkende wijze van aflegging van de eed of belofte. We zouden daarom kunnen concluderen dat de wet- en regelgever ten aanzien van ambtenaren in het centrale overheidsapparaat enkel de christelijke eed heeft gedefinieerd als eed in juridische zin. De wetgever heeft daarmee geen accommodationistische benadering gekozen.

Opmerkelijk is verder dat de wetgever in lid 2 van artikel 125 *quinquies* Ambtenarenwet de provincies en gemeenten ten aanzien van de eedsaflegging door ambtenaren wel de vrijheid heeft gegeven om zelf de inhoud van de eedsformulering vast te stellen. Op decentraal niveau bestaat in sommige gemeenten dan ook de mogelijkheid op grond van de 'eigen godsdienstige gezindheid' op eigen wijze de eed af te leggen. Zo bestaat in Amsterdam voor ambtenaren de mogelijkheid om te verklaren 'Zo waarlijk helpe mij Allah, de Erbarmer, de Barmhartige'.²⁶

Het verschil op centraal en decentraal niveau leidde in 2009 tot de motie-De Pater c.s. waarin de regering werd verzocht voorstellen te doen om de formulering van de eed of belofte voor ambtenaren bij gemeenten en provincies vast te leggen.²⁷ Naar aanleiding van deze motie volgde een parlementair²⁸ maar ook maatschappelijk debat²⁹ waarin aan de orde werd gesteld

22 ABRvS 16 januari 2002, ECLI:NL:RVS:2001:AD8743, r.o. 2.4.1.

23 Zie ook Van Oven 2009.

24 De Vries, *TvRRB* 2012-1, p. 6.

25 *Stcrt.* 1998, nr. 92, p. 7.

26 Zie Gemeente Amsterdam 2006; *Kamerstukken II* 2011/12, 29 614, nr. 29, p. 4.

27 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 614, nr. 15. Voor de motie stemden CDA, VVD, PVV, CU, SGP en het lid Verdonk.

28 *Kamerstukken II* 2011/12, 29 614, nr. 29.

waarom er op centraal niveau voor religieuze ambtenaren eigenlijk alleen de mogelijkheid is om de eed op 'christelijke wijze' af te leggen. Verschillende critici³⁰ betoogden dat de eed moet worden gezien als een vorm van religieus belijden. Het enkel toestaan van een christelijke wijze van eedsaflegging zou in strijd zijn met de vrijheid van godsdienst opgenomen in artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM. Bovendien stelden zij dat het bevoordelen van de christelijke godsdienst in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. In plaats daarvan pleitten ze voor een ruimere eedspraktijk waarbij iedereen conform zijn eigen godsdienstige gezindte op eigen wijze zijn eed moet kunnen afleggen. Dan zou bijvoorbeeld een jood met gedekt hoofd kunnen zweren op de Hebreeuwse Bijbel en een moslim met de hand op de Koran. Dit zou dan tot een grotere verscheidenheid in gebruikte eedsformules en bijbehorende gedragingen leiden. Een dergelijk praktijk in het ambtenarenrecht zou meer in overeenstemming zijn met de gedachte van de Wet vorm en eed van 1911.³¹

Alles in aanmerking nemend kan gesteld worden dat er gebieden in het recht zijn waar men een objectiverende uitleg hanteert ten aanzien van de vorm van de eedsaflegging doordat men vasthoudt aan een vaste, vanouds christelijke, vorm van de eedsaflegging. De eed krijgt hierdoor een louter christelijk karakter. Als het rechtssubject deze eed niet wil afleggen rest slechts de mogelijkheid om een verklaring of belofte af te leggen. Wanneer men stelt, zoals de Raad van State, dat de keuze tussen een eed of belofte neutraal van aard is en daardoor tegemoet komt aan aanhangers van alle godsdiensten en levensovertuigingen getuigt dit van het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme. Men bevoordeelt dan immers impliciet de christelijke en niet-gelovige bevolking en men biedt geen ruimte voor de opvattingen van het rechtssubject.

8.5 CONCLUSIE

8.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

De eed heeft een religieus object. Men zweert op God. Vanouds gold een uitzondering voor quakers en baptisten. Zij mochten vanwege hun interpretatie van de Bijbel een belofte afleggen. Men zou kunnen zeggen dat de in-

29 B. Rijlaarsdam, 'Zo waarlijke helpe mij God/Allah almachtig', *NRC Handelsblad* 12 november 2009.

30 In het artikel 'Zo waarlijke helpe mij God/Allah almachtig', *NRC Handelsblad* 12 november 2009 komen verschillende kritische (rechts)geleerden aan het woord (Kortmann, Oldenhuis, Kinneging, Peters, Berger) die unaniem van mening zijn dat het monopolie van de christelijke eed in strijd is met de vrijheid van godsdienst en het gelijkheidsbeginsel.

31 De Vries, *TvRRB* 2012-1, p. 5.

houd van de eed en de belofte was geobjectiveerd. Quakers en baptisten mochten vanwege hun geloofsopvattingen de belofte afleggen en de overige grotendeels christelijke bevolking moest de eed afleggen. Met de Eedswet in 1971 vindt er een koerswijziging plaats. Dan bepaalt de wetgever voor getuigen (en deskundigen) in de gerechtelijke procedure dat de keuze voor de eed of de belofte subjectief moeten worden uitgelegd: de verklaring van het rechtssubject dient leidend te zijn.

Ten aanzien van de vorm van de eed of belofte door getuigen in de gerechtelijke procedure zien we dat de wetgever met de Wet vorm van eed en belofte van 1911 in artikel 1 ruimte laat voor verschillende wijze van het afleggen van de eed of de belofte. Daarbij ging hij oorspronkelijk uit van een objectiverende uitleg van de vorm van de eed: de wijze van aflegging van de eed werd bepaald door de 'ritus' van het kerkgenootschap waar het rechtssubject lid was. Dit uitgangspunt gold tot 1989. Toen bepaalde de Hoge Raad dat het standpunt dat de getuige zelf inneemt ten aanzien van de wijze waarop hij de eed moet afleggen doorslaggevend is. Vanaf dat moment wordt in de rechtspraak ten aanzien van de vorm van de eed dus een subjectiverende kwalificatiewijze gehanteerd: de rechter gaat uit van de verklaringen van de getuigen. Ook het EHRM wijst een objectieve uitleg van de vorm van het afleggen van de eed af. Het stelde dat de eis aan parlementsleden om de eed af te leggen op het (christelijke) evangelie in strijd is met artikel 9 EVRM.

Opmerkelijk is dat de wetgever leden van provinciale staten en tal van andere ambtsdragers en ambtenaren op centraal niveau geen ruimte geeft voor afwijkende vormen om de eed af te leggen. Zo bepaalde de Afdeling in 2002 ten aanzien van de eedsaflegging door een Statenlid dat hij de eed alleen kon afleggen op de christelijke wijze, namelijk door 'Zo waarlijk helpe mij God Almachtig' uit te spreken. Volgens de Afdeling zou artikel 14 van de Provinciewet niet in strijd zijn met de Wet vorm van eed en belofte omdat de wetgever ten aanzien van de wijze van beëdiging van leden van provinciale staten en tal van andere ambtsdragers, niet in deze mogelijkheid zou hebben voorzien. Dit noopt ons tot de conclusie dat de wetgever en rechter uitgaan van eendimensionale visie vanuit het christendom. Men geeft het gelovige rechtssubject slechts de mogelijkheid om de eed in één, vanouds christelijke, vorm af te leggen. We zouden dan ook kunnen stellen dat men een objectiverende uitleg van de eed hanteert: het afleggen van de eed is enkel het op christelijke wijze afleggen van de eed.

8.5.2 *Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?*

We kunnen de ontwikkelingen in de wetgeving en jurisprudentie ten aanzien van de aflegging van de eed of belofte in gerechtelijke procedures duiden als

de overgang van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme naar het ideaaltype van het accommodationisme. In de huidige meer accommodatienistische benadering wordt geprobeerd de opvattingen van de aanhangers van verschillende religies en levensbeschouwingen te accommoderen. De tolerantie die de staat ten aanzien van de eedsaflegging tentoonspreidt neemt niet zoals voorheen de erkende kerkgenootschappen als uitgangspunt maar de justitiabele zelf. Hij is het die uitmaakt of hij de eed of belofte aflegt en in welke vorm.

Buiten gerechtelijke procedures zien we dat in sommige rechtsgebieden wordt vastgehouden aan een vaste (christelijke) eedsformule. Wanneer men dit, zoals de Afdeling, beargumenteert vanuit het standpunt dat de keuze tussen een eed of belofte een neutraal karakter draagt en daardoor tegemoet komt aan aanhangers van alle godsdiensten en levensovertuigingen getuigt dit van het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme. Men bevoordeelt dan impliciet de christelijke bevolking.

9 | Verbod op godslastering

9.1 INLEIDING

Tot 2014 gold in Nederland een verbod op godslastering. Inmiddels is het geschrapt.

De reden dat ik dit inmiddels afgeschafte verbod (uitgebreid) bespreek is dat de vraag naar de reikwijdte van het rechtsobject van dit religieuze recht een belangrijke rol heeft gespeeld in de schrapping daarvan in 2014.

De aanleiding voor het schrappen van het verbod was de hernieuwde aandacht die het kreeg na de moord op Theo van Gogh in 2004 door een radicale moslim. Deze had Theo van Gogh ter dood gebracht vanwege zijn uitlatingen over Mohammed en Allah.¹ Kort na de moord legde toenmalig Minister Donner de Tweede Kamer de mogelijkheid voor om het godslasteringsverbod weer actiever in te zetten tegen agressief getinte kwalificaties van andermans religie.² De Kamer reageerde afwijzend. Er werd in plaats daarvan juist voor afschaffing gepleit. Toen in 2007 de toenmalige Minister van Justitie Hirsch Ballin te kennen gaf de strafbaarheid toch te willen handhaven vormde dit de aanleiding voor het initiatiefwetsvoorstel dat uiteindelijk in 2014 leidde tot de afschaffing van het verbod op de godslastering.³

Het verbod op godslastering was in verschillende vormen strafbaar gesteld:

- in art 147 sub 1 Sr de smalende ‘godslastering’ die voor ‘godsdienstige gevoelens’ op krenkende wijze is gedaan;
- in artikel 147a Sr de verspreiding van geschriften of afbeeldingen met smalende ‘godslasterlijke’ uitlatingen die voor ‘godsdienstige gevoelens’ krenkend zijn;⁴
- in artikel 429bis Sr het op een vanaf de openbare weg zichtbare plaats stellen of gesteld houden van afbeeldingen met smalende ‘godslasteringen’ die voor ‘godsdienstige gevoelens’ krenkend zijn.

De redactie van bovengenoemde artikelen vergde dat het Openbaar Ministerie aantoonde dat er sprake was van een openbare ‘godslastering’ die op voor

1 Zie hierover Cliteur 2010, p. 286.

2 Doomen & Van Schaik, *NLJP* 2015/1, p. 47-62.

3 Wet van 23 januari 2014 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het laten vervallen van het verbod op godslastering, *Stb.* 2014, 39.

4 In 1934 werd art. 147a toegevoegd, omdat de wetgever onvoldoende rekening had gehouden met de ‘niet openlijke’ verspreiding. Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 327.

‘godsdiensstige gevoelens’ krenkende wijze is gedaan en die de bedoeling heeft te smalen. Voor dit proefschrift is vooral relevant wat de wetgever heeft bedoeld met de termen ‘godslastering’ en ‘godsdiensstige gevoelens’. In de volgende paragraaf (9.2) ga ik allereerst in op de betekenis van deze termen in de zienswijze van de wetgever die in 1932 het godslasteringsverbod heeft ingevoerd. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 9.3 de motieven voor de wijze waarop de wetgever van 1932 deze termen uitlegde. Die zijn interessant in het licht van de parlementaire geschiedenis die leidde tot de schrapping van het blasfemieverbod in 2014. Deze parlementaire geschiedenis komt aan de orde in paragraaf 9.4. De ‘oude’ en de ‘nieuwe’ wetgever lijken niet helemaal dezelfde betekenis aan bovengenoemde termen toe te kennen (9.5). De paragraaf 9.6 behandelt de kwalificatie naar aanleiding van bovengenoemde termen door de nationale rechter. In 9.7 sluit ik het hoofdstuk af met een conclusie.

9.2 HET GODSBEGRIIP VAN DE WETGEVER VAN 1932

In deze paragraaf behandel ik de betekenis die de wetgever van 1932 heeft gegeven aan de religieuze termen zoals die terugkomen in het godslasteringsverbod. Zoals gesteld komen we in de artikelen 147 lid 1 Sr, 147a en 429 bis Sr twee religieuze termen tegen, namelijk ‘godslastering’ en ‘godsdiensstige gevoelens’. Zo luidde artikel 147 lid 1 Sr:

‘Met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie wordt gestraft: hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, door smalende *godslasteringen* op voor *godsdiensstige gevoelens* krenkende wijze uitlaat (...).’

De termen ‘godslastering’ en ‘godsdiensstige gevoelens’ staan met elkaar in betrekking in die zin dat de gevoelens van gelovigen van een bepaalde godsdienst worden gekwetst indien de God van hun godsdienst op smalende wijze wordt belasterd. In de Memorie van Toelichting stelt toenmalig minister Donner (grootvader van) dat godslastering een ‘... bijzondere vorm [is, JV] van het zich op voor godsdiensstige gevoelens krenkende wijze uiten’.⁵ Ten aanzien van de kwalificatievraag kunnen we dus stellen dat de rechter bij de toepassing van godslasteringsverbod dient vast te stellen of datgene wat wordt gelasterd gekwalificeerd kan worden als ‘God’ en of de gevoelens die hierdoor worden gekwetst als godsdiensstig kunnen worden gekwalificeerd.

5 *Kamerstukken II 1930/31, 348, nr. 3, p. 2.*

Uit de wettekst van artikel 147 lid 1 Sr kunnen we niet direct opmaken of de betekenis van 'godsdienstige gevoelens' subjectief of objectief dient te worden opgevat. Dit wordt wel duidelijk aan de hand van de wetsgeschiedenis. Minister Donner stelde:

'En dat nu wordt volstaan hiermede, dat de uiting naar haar aard kan krenken, gevaar schept van krenken, en niet bovendien ook in het concrete geval feitelijk gekrenkt heeft, dat doet allerminst te kort aan het feit, dat de rechtsgrond in de krenking ... is gelegen.'

Of de uiting daadwerkelijk iemand krenkt is voor de strafbaarstelling niet relevant.⁶ De krenking zag dus niet op de gevoelens van een concrete gelovige. In theorie zou er ook sprake kunnen zijn geweest van een delict wanneer dergelijke krenkende uitingen zouden zijn gedaan ten overstaan van een niet-gelovig publiek. Met andere woorden, het doel van de verbodsbepaling was niet de bescherming van de subjectieve godsdienstige gevoelens van de enkeling.⁷ Het verbod was in zijn algemeenheid gesteld. Dit betekent dat de terminologie 'godsdienstige gevoelens' een objectieve betekenis had. Welke was deze objectieve betekenis?

De wetsgeschiedenis maakt duidelijk dat de betekenis van godsdienstige gevoelens betrekking had op de 'concrete vormen, waarin de Godsidee leeft'.⁸ De definiëring van de wettelijke termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens' wordt geobjectiveerd door een objectief Godsbegrip. Minister Donner had met het Godsbegrip de concrete voorstellingen van God in de samenleving op het oog:

'De Staat erkent in velerlei uitingen God, en doet dat ook weder in deze bepaling, maar dit is, [...] niet in concrete bepaaldheid, maar in deze algemeenheid, dat er is een hoogste Opperwezen, die is de Zijnde. Maar ik erken tevens – en in een ander verband merkte ik dit reeds op –, dat die omschrijving niet voldoende is voor de nadere ontleding dezer strafbepaling, doch dat deze het oog heeft – juist omdat het hier staat onder het licht van de krenking van gevoelens – op de concrete realiseeringen van dit Godsbesef in ons volk, zooals die in de onderscheidene geloofsopvattingen, geloofsbelijdenissen zijn te aanschouwen.'⁹

6 Zie *Handelingen II* 1931/32, 88, p. 2631; *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 42. Zie ook Noyon/Langemeijer & Rummelink, *Wetboek van Strafrecht, Commentaar artikel 147, aant. 10* (tijdvak 27 april 1988-1 januari 2000).

7 Dit wordt de *Gefühlschutztheorie* genoemd. Deze theorie ziet het godsdienstige gevoel van de *enkeling* als het te beschermen object. Zie De Roo 1970, p. 31.

8 *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 44.

9 *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 44.

Donner wilde geen concrete definitie van het begrip God formuleren. Hij wilde juist dat de rechter zich zou baseren op de tijd en plaatsgebonden in de samenleving levende voorstellingen van God. Hij beschouwde de te beschermen godsdienstige gevoelens in de samenleving als een uit de samenleving op te maken feitelijk gegeven:

‘(...) het godsbegrip komt hier slechts in zijn algemeenheid in het geding, maar de concrete bepaling daarvan is, in verband met het feit, dat de strafbaarstelling geschiedt als kwetsing van gevoelens, naar de concrete opvattingen, zooals die in ons volk leven, te bepalen’.¹⁰

De godsdienstige opvattingen die in Nederland leven bepalen wat als gods-begrip geldt en wanneer van krenking van zo’n gods-begrip gesproken kan worden. Aldus ging de minister niet alleen uit van een objectief maar ook van een actueel begrip van God. Bepalend is de betekenis van God zoals die geldt ten tijde van een beroep op het verbod. In die zin heeft het gods-begrip een dynamisch aspect, de betekenis kan wijzigen naar gelang de tijd en de omstandigheden.¹¹ Toch gaf de minister wel een zeker kader waarbinnen het gods-begrip moest worden gededd. Zo beschreef hij God als ‘aanduiding voor de geloofsvoorstelling van het, in menselijke taal uitgedrukt, Zichzelf bewuste Hoogste Opperwezen’. Hieronder schaarde hij niet Maria of Mohammed, omdat in de feitelijke constellatie van Nederland in die tijd, die figuren – in algemene zin – niet als Hoogste Opperwezen(s) werden begrepen. Daarentegen rekende hij Jezus en de Heilige Geest wel tot de Godsidee vanwege de toen, en overigens nog steeds, binnen het christendom,¹² heersende triniteitsleer.¹³

Op Donners afbakeningswijze van het gods-begrip kwam de nodige kritiek vanuit het parlement. Zo vroegen Kamerleden zich af waarom alleen het Opperwezen kon rekenen op bescherming en Maria bijvoorbeeld niet.¹⁴ Een inhoudelijk verweer op deze kritiek kunnen we niet terug vinden in de parlementaire geschiedenis. Kennelijk hanteerde Donner een monotheïstisch concept van ‘opperwezen’ dat zo buitengewoon ‘verheven’ was dat het niet

10 *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 49.

11 Deze dynamische betekenis sluit mijns inziens ook de *Religionsschutztheorie* (Godsdienst moet worden beschermd vanwege zijn culturele waarde, zie De Roo 1970, p. 35) als motief uit. Het ging Donner er niet om alleen een bepaald type godsdiensten te beschermen, maar hij maakte het object van bescherming ook afhankelijk van de tijd en context.

12 *Handelingen II* 1931/32, 88, p. 2632.

13 De opvatting dat er één God bestaat in drie goddelijke personen: de Vader, de Zoon en de Heilige Geest.

14 *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 48 (Donner).

gelijkgesteld kon worden met de maagd Maria, de profeet Mohammed¹⁵ en andere heiligen.¹⁶ Ook werd Donner in de Eerste Kamer verweten dat het wetsontwerp teveel uitging van een trinitarisch godsdienstbegrip (Vader, Zoon en Heilige Geest). De minister verklaarde echter dat de triniteit niet exclusief wordt beschermd 'maar evenzeer andere vormen, waarin geloof in een Hoogste Opperwezen, die is de Zijnde, is uitgedrukt'.¹⁷

Wat hij hiermee precies bedoelde wordt niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis. Wel stelt de minister 'In het kader van de strafbaarstelling als vorm van krenking van godsdienstige gevoelens is ieder godsbegrip dat in ons volk leeft onder de norm begrepen'.¹⁸ Daarmee lijkt de minister, zoals De Roo ook opmerkt,¹⁹ bewust de godsidee niet af te bakenen met behulp van het onderscheid tussen een trinitaristisch of unitaristisch²⁰ godsbegrip. Ook volgt uit deze opmerking dat de minister het godsbegrip niet heeft willen beperken tot de christelijke God.²¹ Verder werd de minister gevraagd of het juist was dat het wetsvoorstel geen rekening hield met pantheïstische godsdiensten. De minister had immers in de Memorie van Antwoord verklaard dat 'allen die een Godsbegrip hebben dat de persoonlijkheid van God niet aanvaardt buiten de bescherming van artikel 147 Sr vallen'. De minister gaat in de parlementaire behandeling niet in op deze vraag.²²

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat artikel 147 Sr geen bescherming biedt aan gevoelens van pantheïsten. Waarom de minister het pantheïsme (of polytheïsme) niet onder het Godsbegrip heeft willen scharen is derhalve niet duidelijk. Wellicht dat hij zijn standpunt op meerdere redenen baseerde. Zo had de wet volgens de wetsgeschiedenis het oogmerk 'de gevoelens der grote meerderheid van de bevolking'²³ te beschermen en zal het pantheïsme indertijd, evenmin als tegenwoordig, geen grote religieuze stroming zijn geweest. Daarnaast is het praktisch lastig om de godsdienstige gevoelens van pantheïsten te beschermen aangezien God volgens bepaalde

15 Om deze reden verklaarde het OM geen reden voor vervolging te zien in het uitkomen van de *Satanic Verses* van de schrijver Rushdie. Het OM stelde dat het boek mogelijkerwijs Mohammed en de Islamitische cultuur beledigde maar zeker niet kon worden beschouwd als een delict in de zin van artikel 147 lid 1 Sr. Vgl. *NRC Handelsblad* 13 maart 1989, aangehaald in Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 335.

16 Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 329.

17 *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 44.

18 *Handelingen I* 1932/33, 6, p. 44.

19 De Roo 1970, p. 103.

20 Unitaristen zijn christenen die de leer van de goddelijke drie-eenheid of triniteit verwerpen. Zij geloven dat alleen God goddelijk is en Jezus niet.

21 Van Stokkom, Sackers en Wils lijken daarentegen hier wel van uit te gaan. Zie: Van Stokkom, Sackers & Wils, 2006, p. 57, 58, 163.

22 *Handelingen II* 1931/32, 88.

23 *Kamerstukken II* 1930/31, 348, nr. 3.

interpretaties van deze leer in ‘alles en iedereen is’ (God is de kosmos)²⁴ en godsdienstige gevoelens derhalve op een breed scala van onderwerpen betrekking kunnen hebben. Ten slotte waren er Kamerleden die de minister bekritiseerden omdat volgens hen ook andere dan godsdienstige gevoelens gekwetst konden worden (zoals levensbeschouwelijke en ideologische), en zich afvroegen waarom het ene ‘gevoelen’ wel extra bescherming diende te verkrijgen, en het andere niet.²⁵ Ook hierover ging de minister het debat niet aan.

De conclusie is dat de wettelijke termen ‘godslastering’ en ‘godsdienstige gevoelens’ opgenomen in het verbod objectief zijn gedefinieerd op basis van een objectief godsbegrip. Niet het beledigde subject bepaalt wat het godsbegrip inhoudt, maar de in de samenleving aanwezige en waarneembare opvattingen hierover. Ook had het godsbegrip voor de wetgever een dynamisch aspect aangezien de betekenis van God aan verandering onderhevig kon zijn. De Roo merkte dan ook terecht op dat veranderingen in het denken over en het geloven in God invloed konden hebben op de reikwijdte van het rechtsobject van het verbod op godslastering. Hij stelt dat indien, wellicht op een incidentele uitzondering na, geheel Nederland extreem unitarisch zou gaan geloven, de beschimping van de twee andere Personen (Jezus en de Heilige Geest) straffeloos zou worden, aangezien er dan niet meer sprake is van een maatschappelijke relevante groep die dit godsbeeld belijdt. De Roo trekt de conclusie nog verder door wanneer hij stelt dat in het geval dat er in Nederland (bijna) niemand meer in God gelooft, het artikel niet meer toegepast zou kunnen worden.²⁶

9.3 LEGITIMATIE VAN DE DYNAMISCH-OBJECTIVERENDE DEFINIËRING

9.3.1 *Drie motieven*

Als gezegd koos de wetgever van 1932 bij de instelling van het verbod op godslastering voor een dynamisch-objectiverende definitie van de termen ‘godslastering’ en ‘godsdienstige gevoelens’. In deze paragraaf bestudeer ik de legitimatie voor deze definiëring. Op grond van de wetsgeschiedenis kom ik tot drie motieven voor het gebruik van een dynamisch-objectiverende definitie. Het eerste, juridische motief vormt het grondrecht van de godsdienstvrijheid: de bescherming van godsdienstige gevoelens van de meerderheid van de bevolking viel volgens de wetgever onder de godsdienstvrijheid. Het tweede motief is confessioneel van aard: godslastering was volgens

²⁴ Mander 2013.

²⁵ *Handelingen II* 1932/33, 87, p. 2611.

²⁶ De Roo 1970, p. 229.

de wetgever een inbreuk op de sfeer van de gelovige en God. Het derde motief is gelegen in de openbare orde: bescherming van godsdienstige gevoelens van de meerderheid van de bevolking was volgens de wetgever nodig om de collectieve gemoedsrust van de bevolking te bewaren.

9.3.2 *Positieve verplichting godsdienstvrijheid*

Uit de wetsgeschiedenis kunnen we afleiden dat minister Donner het voorkomen van '... de ernstige krenking van de gevoelens van de groote meerderheid der bevolking ...' zag als een '... algemeene taak van de Overheid tot bescherming van de vrijheid, ook van de godsdienstvrijheid...'.²⁷ Volgens minister Donner was:

'Godsdienstvrijheid in den ruimsten zin [...] een vrucht van onze historische ontwikkeling, waarop wij trotsch mogen zijn. Maar juist mede ter bescherming van die geestelijke vrijheid als een van onze hoogste nationale goederen, moet hier worden opgetreden. Geen goed kan op den duur blijven bestaan, welks misbruik ongeboet wordt toegelaten.'²⁸

Uit deze citaten blijkt dat Donner het beschermen van religieuze gevoelens zag als positieve verplichting voor de staat die voortvloeit uit de godsdienstvrijheid. Duidelijk wordt ook dat het niet gaat om de godsdienstige gevoelens van de enkeling maar om de godsdienstige gevoelens van de meerderheid van de bevolking, met andere woorden: de godsdienstvrijheid levert voor de staat niet de positieve plicht op om elk subjectief godsdienstig gevoel te beschermen maar alleen de gevoelens die breed in de samenleving worden gedeeld. Zoals in de vorige paragraaf gesteld richtte het godslasteringsverbod zich dan specifiek op de godsdienstige gevoelens die betrekking hadden op de 'concrete vormen, waarin de Godsidee leeft'.

De opvatting dat de godsdienstvrijheid voor een staat de positieve verplichting inhoudt om de religieuze gevoelens van de meerderheid te beschermen vinden we ook terug in de jurisprudentie van het EHRM.²⁹ In het

²⁷ *Handelingen II* 1931/32, 6, p. 42.

²⁸ *Kamerstukken II* 1930/31, 348, nr. 3, p. 2.

²⁹ EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Institut v Austria*). Na het *Otto-Preminger-Institut*-arrest heeft het EHRM overigens niet meer zo stellig verdedigd dat de bescherming van religieuze gevoelens als positieve verplichting voor de staat kan worden afgeleid uit art. 9 EVRM. In plaats daarvan oordeelde het EHRM in een aantal zaken dat nationale blasfemieverboden kunnen worden gezien als een legitieme en noodzakelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting (art. 10 lid 2 EVRM) omdat met dergelijke verboden de rechten van anderen, namelijk de rechten van religieuzen,

Otto-Preminger-Institut-arrest stond de vertoning van de film ‘Das Liebeskonzil’ door het Otto-Preminger-Institut centraal. Deze vereniging wilde een satirische film uitzenden waarin God als een oude imbeciel, kussend met de duivel, wordt uitgebeeld en Jezus als een dom moederskindje.

Het EHRM overwoog dat:

‘... the manner in which religious beliefs and doctrines are opposed or denied is a matter which may engage the responsibility of the State, notably its responsibility to ensure the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 to the holders of those beliefs and doctrines.’³⁰

Het EHRM oordeelde dat Oostenrijk op basis van artikel 9 lid 1 EHRM het recht had om de vertoning van de film te verbieden om daarmee de religieuze gevoelens van de meerderheid van de bevolking te beschermen. Verder oordeelde het dat de oplegging van censuur door het verbieden van de film door Oostenrijk het doel had de belangen van anderen te beschermen (artikel 10 lid 2 EVRM) en Oostenrijk daarom niet de vrijheid van meningsuiting had geschonden (artikel 10 lid 1 EVRM).

Het EHRM ging in zijn oordeel uit van godsdienstige gevoelens in algemene zin, in dit geval de religieuze gevoelens van de meerderheid van de (rooms-katholieke) bevolking.³¹ In die zin verlangt het EHRM, net zoals Donner in 1932 betoogde, niet zozeer dat de subjectieve gevoelens van de enkeling worden beschermd maar de godsdienstige gevoelens zoals die leven onder de plaatselijke en tijdgebonden bevolking. Nieuwenhuis stelt naar aanleiding van deze zaak dat de bescherming van godsdienstige gevoelens, juist ook van de meerderheid, bij uitstek een volgens het EHRM te beschermen belang vormen.³²

9.3.3 Soevereiniteit in eigen kring

De dynamische objectiverende definitie die de wetgever van 1932 voorstond werd ook ingegeven door een confessioneel motief. Met name het open of dynamische karakter van het godsbegrip dat aan deze definitie ten grondslag lag kunnen we op grond hiervan legitimeren. Dit blijkt onder meer uit het volgende citaat van Donner:

worden beschermd. Zie o.a. EHRM 25 november 1996, NJ 1998, 359 (*Wingrove v The UK*), r.o. 48; EHRM 13 september 2005, nr. 42571/98, NJ 2007, 199 (*I.A. v Turkije*).

30 EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Institut v Austria*), par. 47.

31 EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Institut v Austria*), par. 56.

32 Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 338.

‘Neen, Mijnheer de Voorzitter, de goede lijn — in overeenstemming met de antirevolutionnaire practijk [Donner was lid van de Anti Revolutionaire Partij] op ander gebied — ligt, ook bij begrip van de anomalie, dat in een God-erkennenden Staat in de openbare sfeer uitingen als de gewraakte worden vernomen, anders: geen rechtstreeks van Staatswege als onmiddellijk object van een strafbaar feit gestelde algemeene Godsidee, maar bescherming in hun vrijheid van de concrete vormen, waarin de Godsidee leeft, bescherming dus in hun vrijheid van de godsdienstige gevoelens. En langs dien weg, maar dan dus alleen als effect en niet als richting gevend, kunnen de ergerlijke verschijnselen worden geweerd, zooals in het algemeen op godsdienstig terrein de goede vruchten door de maatschappelijke samenleving slechts langs den weg van de materiele handhaving der individueele en genootschappelijke godsdienstvrijheid kunnen worden verkregen.’³³

In bovenstaand citaat komt naar voren dat Donner niet een statisch geobjectiveerd godsbegrip nastreefde op grond waarvan vanuit een theocratische invalshoek elke kritiek op het christelijke begrip van God kon worden bestraft, maar dat hij uitging van een dynamisch of open godsbegrip dat de verhouding tussen de gelovige en God centraal stelde. In dezelfde parlementaire vergadering stelt de minister:

‘Naar de rechtsidee, niet naar het rechtsbegrip beteekent artikel 147: het *eigen terrein der gelovigen* [cursief: JV] hebt gij te ontzien en zo is het ook hier: het Opperverzen moogt gij niet als wezenlijk stellen – en daarmee anderers terrein betreden – en dan smaden.’³⁴

In dit citaat komt het principe van soevereiniteit in eigen kring naar voren. Het doel van het godslasteringsverbod was dat men niet interfereert in de particuliere verhouding (of ‘wetskring’³⁵) tussen God en de gelovige door het vooropstellen van een godsbegrip om dat vervolgens te smaden. Dit geldt volgens de minister ook voor de staat die teneinde het godslasteringsverbod te handhaven ook geen godsbegrip mag definiëren, omdat anders ook hij zich daarmee zou begeven op het ‘eigen terrein der gelovigen’.³⁶ Men vond dat het voor burgers maar ook voor de overheid niet gepast was om zich inhoudelijk uit te spreken over het wezen van God. Een dergelijke houding zou indruisen tegen de leer die stelt dat de verhouding tussen God en de

33 *Handelingen II* 1931/32, 88, p. 2630.

34 *Handelingen II* 1931/32, 88, p. 2632.

35 Zie over de wetsidee: Dooyeweerd 1935.

36 Vgl. Kuyper 1959, p. 57. Kuyper stelt dat de staat als ‘Dienaresse Gods’ tekeer moet gaan tegen godslastering waar ze het rechtstreeks karakter van hoon tegen Gods majesteit aanneemt.

gelovige(n) een aangelegenheid is waarin men niet mag interfereren. De staat moest deze 'kring' beschermen tegen interventies van buitenaf.³⁷ Het confessionele perspectief richt zich op de bescherming van de verhouding tussen de Allerhoogste en de mens, in de zin dat die verhouding of kring niet aangerand mag worden door laster. De bescherming is dus gericht op de verhouding tussen de gelovige en zijn God. Dit in tegenstelling tot een theocratisch motief. Dat gaat er vanuit dat in geval van godslastering de samenleving als geheel de wraak van God op zich laadt. Het juridische begrip in een theocratisch motief gaat uit van één 'ware' godsdienst terwijl in het confessionele perspectief – vanwege het besef van soevereiniteit in eigen kring – het godsbegrip niet nader is gedefinieerd en daardoor meerdere godsideeën kan omvatten.

9.3.4 Openbare orde

Ten slotte kan de dynamisch-objectiverende wijze waarop de wettelijke termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens' zijn uitgelegd worden gelegitimeerd vanuit het openbare-orde motief. Lezingen met als thema 'God is het kwaad' zoals die begin jaren dertig werden georganiseerd door de Communistische Partij, waren een aantasting van de godsdienstige gevoelens van een groot deel van de toenmalige bevolking. Dit gold ook voor de slogan 'Christus op de mestvaalt, de heilige Maagd in de stal, de heilige vader naar de duivel' zoals deze naar voren kwam in een artikel genaamd 'Weg met het kerstfeest' dat verscheen op 23 december 1930 in het blad van de Communistische Partij Holland, *De Tribune*.³⁸ Om te voorkomen dat de openbare orde in gevaar zou komen beoogde het godslasteringsverbod de godsdienstige gevoelens van de meerderheid van de bevolking te beschermen. Het godsbegrip in het godslasteringsverbod moest daarom het godsbegrip omvatten van de godsdiensten van de meerderheid van de bevolking. Het openbare orde motief heeft in die zin bijgedragen aan het objectieve karakter van het godsbegrip. Dat het de wetgever met de invoering van het verbod in belangrijke mate ging om de *collectieve gemoedsrust van de samenleving* te bewaren blijkt uit het feit dat het delict in het Wetboek van Strafrecht is ondergebracht onder de titel 'misdrijven tegen de openbare orde'.³⁹

Vanuit politiek-filosofisch perspectief kunnen we de legitimatie voor de dynamisch-objectiverende uitleg van de termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens' niet zonder meer plaatsen binnen één van de politiek-filosofische ideaaltypen. Het confessionele motief lijkt in verband te kunnen

³⁷ *Handelingen II* 1931/32, 88, p. 2632.

³⁸ Van Stokkom, Sackers & Wils 2006, p. 53.

³⁹ *Handelingen II* 1931/32, 88, p. 2632.

worden gebracht met het communautaristisch ideaaltype. De wetgever geeft te kennen dat het doel van het verbod is het beschermen van het eigen terrein van gelovigen. Dit doel kunnen we associëren met het principe van soevereiniteit in eigen kring. De wetgever heeft echter een godsbegrip dat niet uitgaat van de opvattingen van het rechtssubject. Hij gaat met andere woorden niet uit van een gesubjectiveerd godsbegrip. Het is bijvoorbeeld niet zo dat aan het individu of een kerkgenootschap de vrijheid wordt gelaten om te bepalen wat de betekenis is van God. In plaats daarvan heeft de wetgever het over de concrete voorstellingen van God die in de maatschappij leven. Het subject is dus niet leidend maar de aan verandering onderhevig zijnde algemene opvattingen in de samenleving. Omdat we niet kunnen stellen dat er sprake is van een collectief-subjectiverende uitleg van de wettelijke term godsdienst kunnen we de uitleg van de wetgever niet plaatsen binnen een communautaristisch ideaaltype. De specifieke beperkingen dat het godsbegrip betrekking moet hebben op de monotheïstische godsdiensten en op de opvattingen van de meerderheid van de bevolking kunnen we associëren met het ideaal van het liberaal gezindtepluralisme. Daarmee worden immers singuliere, niet traditionele en excentrieke godsdienstige gevoelens van bescherming uitgesloten.

9.4 HET GODSBEGRIP VOLGENS DE WETGEVER VAN 2014

In deze paragraaf behandel ik het godsbegrip van de wetgever van 2014 zoals dat terugkomt in wetsgeschiedenis die heeft geleid tot schrapping van het godslasteringsverbod. Daarbij ga ik in op de opvattingen van de indieners van het wetsvoorstel tot intrekking, het advies over dit voorstel van de Raad van State en de behandeling ervan in de Kamers. Indieners van het wetsvoorstel tot schrapping brachten drie argumenten naar voren. Ten eerste zou het godslasteringsverbod het belang van de vrijheid van meningsuiting doorkruisen. Ten tweede zou het geen toegevoegde waarde hebben voor de handhaving van de openbare orde aangezien de artikelen 137c t/m 137e Sr hiervoor genoeg mogelijkheden boden. Ten derde benadrukten de indieners dat het godslasteringsverbod leidde tot een ongelijke behandeling van de verschillende godsdiensten en levensovertuigingen.⁴⁰

Vooraf het derde punt van de indieners is relevant in het kader van het begrip van godsdienst. Volgens de indieners beschermt het verbod alleen monotheïsten, en dan met name christenen, en worden overige religieuze en levensbeschouwelijke groeperingen daardoor ongelijk behandeld. Indieners betogen dat alle overtuigingen ongeacht of ze religieus, levensbeschouwelijk

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 203, nr. 3, p. 8.

of geen van beide zijn, dezelfde juridische bescherming verdienen.⁴¹ We kunnen stellen dat de indieners hiermee uitgaan van een subjectiverende uitleg van godsdienst. De indieners staan met andere woorden een uitleg voor waar ruimte is voor de zelfdefinitie van het rechtssubject. Ten aanzien van de vermeende ongelijke behandeling van de verschillende religies en levensbeschouwingen gaf de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel een aantal interessante overwegingen. Zo stelde hij dat in plaats van het verbod te schrappen dit ook kon worden uitgebreid tot de overige religies en levensbeschouwingen. Bovendien zou de bescherming van monotheïstische religies door het lasterverbod niet per definitie een ongelijke behandeling inhouden voor religies en levensovertuigingen zonder godsbegrip, aangezien de monotheïstische religies beschermd worden in iets wat bij de overige religies en levensbeschouwingen ontbreekt.⁴² In de parlementaire behandeling wordt ook door de kleine christelijke partijen gesteld dat er geen sprake is van ongelijke behandeling.⁴³ Senator Kuiper van de ChristenUnie uit door middel van een metafoor soortgelijke kritiek als de Raad. Hij stelt dat het gegeven dat er mensen zijn die houden van het schrijven van boeken en om die reden een beroep doen op het grondrecht van de vrijheid van drukpers, niet betekent dat het grondrecht van de vrijheid van drukpers mensen die houden van schrijven en mensen die niet houden van schrijven ongelijk behandelt. Zo geldt dit volgens Kuiper ook voor mensen die vanwege het geloven in een God beschermd worden in hun godsdienstige opvattingen en mensen die overtuigingen hebben zonder Godsgeloof. Kortom: er is geen sprake van ongelijke behandeling indien er sprake is van ongelijke gevallen.⁴⁴

Ondanks de kritiek van de Raad van State en van de kleine christelijke partijen overheerste in de Tweede en Eerste Kamer de opvatting dat het godslasteringsverbod monotheïsten en dan met name christenen voortrok op andere godsdiensten en levensovertuigingen. Deze conclusie lijkt mij wat te stellig. Uit de wetsgeschiedenis blijkt immers dat de gedachte van het godslasteringsverbod was, de godsdienstige gevoelens te beschermen die leven in de maatschappij. De inhoud van deze godsdienstige gevoelens hebben een dynamisch karakter en kunnen dus mettertijd veranderen. Vanuit deze gedachte is het ruim interpreteren van de wetsbepaling zodat daarmee verschillende monotheïstische en niet-monotheïstische godsdiensten onder het

41 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 203, nr. 3, p. 8.

42 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 203, nr. 4, p. 7. Zie hierover ook Koolen, *TvRRB* 2011-1, p. 78.

43 *Handelingen II* 2013/14, 4, p. 4.

44 *Handelingen I* 2013/14, 12, p. 47.

godsbegrip kunnen worden gerekend, niet in strijd met de wetsgeschiedenis.⁴⁵

Het wetsvoorstel werd uiteindelijk, ondanks de protesten van de kleine christelijke partijen, in de Tweede Kamer vrij gemakkelijk goedgekeurd. In de Eerste Kamer verliep het debat wat stroever en werd uitvoerig stilgestaan bij de mogelijke uitstraling die de afschaffing van het verbod zou kunnen hebben op het gevoel van bescherming van religieuze minderheden. Om die reden werd in de Eerste Kamer de motie-Schrijver c.s. aangenomen. Die verzocht aan de regering om

‘te onderzoeken of een mogelijke aanpassing van artikel 137c t/m 137h Sr dienstig kan zijn om te bewerkstelligen dat dit artikel eveneens genoegzame bescherming biedt tegen de als ernstig ervaren belediging van burgers door belediging van hun geloof en geloofsbeleving, zonder de werking van de vrijheid van meningsuiting onnodig te beperken.’⁴⁶

De resultaten van dit onderzoek waren voor het kabinet geen reden om de strafwet aan te passen.⁴⁷

⁴⁵ Het lijkt erop dat het parlementaire debat (in ieder geval voor wat betreft de indieners, zie *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 203, nr. 3, p. 5) in belangrijke mate is gekleurd door de opvattingen van de auteurs van het WODC-rapport ‘Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen. Een inventariserende studie’, dat is verschenen in 2006. Dit WODC-onderzoek werd door de toenmalige minister van Justitie Donner aan het parlement toegezegd naar aanleiding van de moord op Theo van Gogh. De vraag die hierin wordt opgeworpen is of een voortbestaan van het verbod op godslastering gewenst is. In het rapport wordt onder andere geconcludeerd dat ‘Het probleem van het verbod op godslastering is dat het rechtsongelijkheid bewerkstelligt, omdat niet-christenen zich er niet of nauwelijks op kunnen beroepen.’ Zie Van Stokkom, Sackers & Wils 2006, p. 57, 58, 163.

⁴⁶ *Kamerstukken I* 2013/14, 32203, E.

⁴⁷ Het WODC-onderzoek is uitgevoerd door L.A. van Noorloos (Tilburg University). Zie bijlage *Kamerstukken I* 2013/14, 32 203, F. In het onderzoek wordt geconcludeerd dat aanpassing van de artt. 137c t/m 137e Sr om getroffen personen te beschermen tegen als ernstig ervaren belediging door belediging van hun geloof en geloofsbeleving als zodanig niet mogelijk is. Het subjectieve element van ‘de als ernstig *ervaren* belediging’ zou volgens Van Noorloos niet passen binnen de objectieve, strafbare belediging zoals we die kennen in de artt. 137c t/m 137e Sr (hierover meer in 9.3). Van Noorloos lijkt in haar onderzoek de zinsnede ‘de als ernstig *ervaren* belediging’ in de vraagstelling geheel op te vatten als een subjectief element (de gevoelens van de individuele gelovige), terwijl men zich kan afvragen of dit wel de strekking is van de vraagstelling. Het is aannemelijk dat de geformuleerde vraag moet worden gelezen in de context van de afschaffing van art. 147 Sr. Dit artikel beoogde niet, zoals Van Noorloos veronderstelt, alle subjectieve gevoelens van gelovigen zonder meer te beschermen, maar had, zoals uit de wetsgeschiedenis blijkt, een objectieve inhoud. De term ‘godsdienstige gevoelens’

9.5 VERSCHIL TUSSEN DE BENADERING VAN DE WETGEVER VAN 2014 EN DIE VAN 1932

Het godsbegrip heeft een belangrijke rol gespeeld in de parlementaire geschiedenis van de afschaffing van het godslasteringsverbod. Het gaat dan meer concreet om de uitleg door de wetgever van de wettelijke termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens'. We kunnen concluderen dat de wetgever van 2014 deze termen zo heeft geïnterpreteerd dat ze in strijd zijn met de gelijke behandeling van de verschillende godsdiensten. Volgens de wetgever zouden deze termen monotheïstische en met name de christelijke godsdienst bevoornden. Gezien de wetgeschiedenis van het godslasteringsverbod (zie 8.2) is deze uitleg te beperkt. De gedachte achter het godsbegrip dat ten grondslag lag aan het godslasteringsverbod is dat dit begrip zou kunnen mee-veranderen met de maatschappij. Het is niet zo dat de wetgever beoogde uitsluitend de 'godsdienstige gevoelens' te beschermen zoals die aanwezig waren in de maatschappij van 1932. Het ging de wetgever erom de gevoelens te beschermen die op enig moment van inroepen van het godslasteringsverbod leven. Vanuit dit gezichtspunt zou in de huidige tijd het godslasteringsverbod ook betrekking kunnen hebben op gevoelens van gelovigen van niet-christelijke en ook niet-monotheïstische godsdiensten.

Gesteld kan worden dat het belang dat de wetgever van 2014 hecht aan een gelijke behandeling van alle godsdiensten, ook van de niet-traditionele niet-monotheïstische, past binnen een accommodationistisch politiek-filosofisch ideaaltype. Het schrappen van het godslasteringsverbod is echter een zeer rigoureuze manier om te komen tot een gelijke behandeling van godsdiensten en levensovertuigingen. De wetgever had ook, zoals voorgesteld door de Raad van State en ook in het parlement is verdedigd, een meer multiculturele benadering kunnen volgen door het godslasteringsverbod zo aan te passen dat buiten twijfel was komen te staan dat het verbod ook betrekking had op godsdienstige gevoelens van andere godsdiensten dan de monotheïstische en dan met name de christelijke. Eventueel had men dan zelfs,

zag niet op de subjectieve gevoelens van de individuele gelovige maar op de algemeen veronderstelde godsdienstige gevoelens zoals die in de bevolking leven ten aanzien van het godsdienstbegrip. De vraag had dan ook niet zo moeten worden gelezen, of er een subjectief element dient te worden geplaatst in artt. 137c-137e Sr, om de gevoelens van de individuele gelovige te beschermen, maar of er conform art. 147 Sr los van de opvattingen van de individuele gelovige, een bepaald objectief element opgenomen dient te worden in artt. 137c-137e Sr om de in het land aanwezige godsdienstige gevoelens met betrekking tot God te beschermen. Daarbij had men dan, vanwege het objectieve karakter van die godsdienstige gevoelens, uit kunnen gaan van religieuze denominaties die zich in voldoende mate hebben geopenbaard in godsdienstige leer en getalsmatige aanhang, om zodoende het subjectieve element uit te sluiten. Zie Van Noorloos 2015, p. 18.

indien dit praktisch haalbaar zou zijn, het verbod niet alleen van toepassing kunnen laten zijn op de godsdienstige gevoelens met betrekking tot verschillende godsbegrippen maar ook op bepaalde levensbeschouwelijke gevoelens. Met een dergelijke benadering zou de gelijke behandeling van de verschillende godsdiensten en levensovertuigingen ook zijn bewerkstelligd.

Het schrappen van de bescherming van religieuze gevoelens past meer in een seculiere benadering. Godsdienstige gevoelens worden hierdoor niet meer in het publieke domein beschermd. Hieraan ligt een begrip van godsdienst ten grondslag dat veronderstelt dat het hebben van godsdienstige gevoelens een privéaangelegenheid is die niet hoort te worden beschermd door publieke middelen. Wellicht ook dat de keuze voor de seculiere benadering een optelsom is geweest van de wens om de verschillende godsdiensten en levensbeschouwingen gelijk te behandelen en de wens om een ander liberaal ideaal op een voetstuk te plaatsen: de vrijheid van meningsuiting. Dat zou passen in het tijdsbeeld waarin de de vrijheid van meningsuiting *de facto*, niet *de jure*, onder druk is komen te staan vanwege de angst voor aanslagen door moslimterroristen.⁴⁸ Het gevolg is wel dat de bescherming van godsdienst kleiner is geworden, althans ten aanzien van het *forum externum*. Godsdienstige gevoelens ten aanzien van God worden niet meer beschermd tegen krenking in het publieke domein.

9.6 HET GODSBEGRIIP IN DE NATIONALE RECHTSPRAAK OVER ARTIKEL 147 SR

Het verbod op de godslastering is in het verleden slechts sporadisch door de rechter toegepast, zeker in het nabije verleden. Vanwege hun curiositeitswaarde zijn veel van deze uitspraken gepubliceerd en becommentarieerd in de literatuur. In het onderstaande bespreek ik de belangrijkste van deze uitspraken en breng ik het daar gebezigde godsdienstbegrip naar voren.

In 1934 veroordeelde de Rechtbank Dordrecht iemand wegens de uitlating 'een God die de tuberculosebaci heeft geschapen, is geen God maar een misdadiger'. De persoon in kwestie was een radicale socialist die deze uitspraak deed tijdens een toespraak voor gelijkgezinden. Dat de man zelf niet in God geloofde en niemand van de toehoorders zich gekrenkt voelde werd door de rechter niet als verweer erkend.⁴⁹ Deze uitspraak bevestigt dat het doel van de verbodsbepaling niet zozeer betrekking had op de subjectieve gevoelens van de enkeling maar op de objectief aanwijsbare godsdienstige gevoelens die in de samenleving aanwezig waren. Duidelijk is dat de man als

⁴⁸ Denk aan de verschillende aanslagen door moslimterroristen de afgelopen jaren op godsdienst-kritische schrijvers, cartoonisten en gewone burgers.

⁴⁹ Rb. Dordrecht 15 januari 1934 (niet gepubliceerd). Besproken in Van Stokkom, Sackers & Wils 2006, p. 99.

onderwerp van zijn uitlating de 'Allerhoogste' op het oog had. In 1934 werd ook iemand veroordeeld vanwege het plaatsen van een advertentie in een sociaal-anarchistisch blad waarin de beschadigde beeldjes van Jezus, Maria en andere Heilige te koop werden aangeboden met daaronder de tekst: 'Dat Jezus iets beschadigd is, dat is begrijpelijk, daar was hij een jood voor, maar Maria O dogma *a priori* Maria Onbevleete Ontvangenis.' De rechtbank geloofde niet dat deze advertentie als reclame was bedoeld. Voor de rechter stond buiten kijf dat met deze reclameboodschap de God (Jezus) van christenen werd gelasterd en dat de godsdienstige gevoelens van christenen waren gekrenkt.⁵⁰ Een andere zaak, ditmaal in 1938 voor de Hoge Raad, betrof een koopman die in het openbaar, in een trein, luidkeels de wonderen die in het evangelie staan opgenomen als een absurditeit omschreef. De rechtbank oordeelde dat de koopman God had belasterd en daarmee de godsdienstige gevoelens van christenen had gekrenkt. De Hoge Raad overwoog echter dat de spot zich voornamelijk had gericht op de opstanding van Lazarus en niet op die van Jezus. Om die reden oordeelde de Hoge Raad dat de lastering geen betrekking had op de 'Allerhoogste' en werd de koopman niet veroordeeld.⁵¹

Eveneens in 1938 veroordeelde de Haarlemse rechtbank een redacteur tot twee maanden voorwaardelijke gevangenisstraf omdat hij een stuk genaamd 'Puer Nobis Nascitur' had geplaatst in het blad *De Vrijdenker*. In dit stuk, dat betrekking had op het mysterie van de incarnatie, werden volgens de rechtbank Maria, Jezus en de Heilige Geest smalend gelasterd. De Roo merkt naar aanleiding van deze uitspraak op dat in het stuk toch vooral Maria wordt bespot en dat de uitspraak daarom in strijd is met de wetsgeschiedenis van het verbod op de godslastering waarin uitdrukkelijk is bepaald dat de beschimping van Maria niet onder de delictsomschrijving valt.⁵² Sommige auteurs stellen dat deze uitspraak het godsbegrip zou hebben opgerekt.⁵³

In 1965 werd voor de Rechtbank Amsterdam iemand veroordeeld voor satirische uitlatingen in een verhaal in een studentenweekblad waarin het evangelie en de persoon van Christus op de hak werd genomen. Dat de kwetsende opmerkingen betrekking hadden op de God en de godsdienstige gevoelens van christenen stond buiten kijf, aangezien het een karikaturale navertelling betrof van het evangelie en Christus bij naam werd genoemd.⁵⁴

De vervolging van de schrijver Van het Reve in 1966 is de laatste keer geweest dat het Openbaar Ministerie het verbod van godslastering van stal

50 Rb. Amsterdam 20 december 1934, *NJ* 1934, p. 1713.

51 HR 23 mei 1938, *NJ* 1939, 11.

52 Rb. Haarlem 19 mei 1938 (ongepubliceerd, De Roo bespreekt deze zaak op p. 128, zie De Roo 1970.)

53 Zie Van Stokkom, Sackers & Wils 2006, p. 62; zie ook: Koolen, *TvRRB* 2011-1, p. 83.

54 Rb. Amsterdam 23 juni 1965, *NJ* 1965, 282.

heeft gehaald. Van het Reve schreef over de terugkeer van God op aarde. Daarbij stelde hij God voor als een ezel waarmee hij seksuele handelingen verrichtte. Dat de uitlatingen betrekking hadden op de terugkeer van de christelijke God op aarde zoals dit dogma kan worden opgemaakt uit het evangelie, en dat de 'godsdienstige gevoelens' van christenen met de uitlatingen mogelijk waren gekrenkt heeft in het gehele proces niet ter discussie gestaan. Wel stond een ander bestanddeel ter discussie, namelijk de term 'smalend'. De rechtbank oordeelde dat aan de wijze waarop Van het Reve zijn uitlatingen had gedaan niet kon worden gezien als smalend. Er zou slechts sprake zijn geweest van een 'honende strekking'.⁵⁵ Het gerechtshof overwoog eveneens dat niet bewezen kon worden dat de uitlatingen van Van het Reve een smalend karakter hadden. De Hoge Raad overwoog dat ten aanzien van de term smalende:

'... van Regeringszijde met name is naar voren gebracht, dat de term "smalende" bevat het subjectieve element, de bedoeling van de smalende het als reëel gestelde hoogste Opperwezen neer te halen'.⁵⁶

Vervolgens stelde hij:

'... dat om gelijke reden niet reeds door de bepaling wordt getroffen een auteur die de bedoeling heeft zich te uiten in zulk een vorm dat anderen in hun godsdienstige gevoelens wel gekrenkt moeten worden; dat de aangehaalde overwegingen van het Hof aldus zijn te verstaan dat niet is bewezen dat de in de t.l.l. vermelde passages smalend zijn bedoeld'.

Volgens de Hoge Raad had het hof geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting ten aanzien van godslastering en was de vrijspraak terecht.⁵⁷ Met deze uitleg van de term smalend werden de mogelijkheden om iemand te vervolgen voor dit delict zeer beperkt. Het is immers zeer moeilijk de bedoeling van iemands uitlating te bewijzen. Na dit arrest zijn de bepalingen omtrent het verbod op godslastering dan ook slapende bepalingen geworden.⁵⁸

Ten slotte werd in 2001 het godslasteringsverbod indirect naar voren gebracht in de civiele *Shiva*-zaak voor de rechtbank van Amsterdam. Hindoes hadden een zaak aangespannen tegen Shiva Entertainment C.V. dat porno-

55 Rb. Amsterdam 3 november 1966, *NJ* 1966, 450.

56 HR 2 april 1968, *NJ* 1968, 373.

57 HR 2 april 1968, *NJ* 1968, 373.

58 Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 334. Wel is er nog een aantal keer door een particulier op grond van artikel 12 Sv een klacht ingediend om het OM te bewegen vervolging in te stellen voor vermeende blasfemie. Het OM gaf hieraan echter om verschillende redenen geen gehoor. Zie bijvoorbeeld HR 7 maart 1972, *NJ* 1973, 35. Voor meer voorbeelden zie Van Stokkom, Sackers & Wils 2006, p. 65.

grafische videobanden op de markt bracht. Dit was volgens deze hindoes een lastering van Shiva, het opperwezen van het hindoeïsme en zou daarmee een onrechtmatige daad vormen. De rechter overwoog:

‘(...) door eisers is niet weersproken dat de naam Shiva niet exclusief wordt gebruikt voor de aanduiding van God, maar dat Shiva ook een gangbare meisjesnaam in Nederland is ...’.

En:

‘...dat diverse ondernemingen van allerlei aard de naam Shiva als handelsnaam of als deel van hun handelsnaam gebruiken zonder dat daartegen uit godsdienstige overwegingen bezwaar is gemaakt’.⁵⁹

Volgens de rechter waren er geen feiten of omstandigheden waaruit kon blijken dat gedaagde had beoogd door het gebruik van het woord Shiva in de handelsnaam de naam van God te gebruiken of te misbruiken. We kunnen naar aanleiding van deze zaak dan ook concluderen dat de rechter de naam Shiva niet kwalificeert als de naam van God in de zin van het godslasteringsverbod. Dit was niet zoals misschien op grond van de wetsgeschiedenis zou kunnen worden verondersteld vanwege het polytheïstische karakter van deze goddelijke personage uit het hindoeïsme maar simpelweg omdat de rechter vond dat het juridische begrip van godsdienst niet aan de orde was. Dit was niet het geval omdat de naam Shiva in Nederland ook gebruikt wordt als meisjesnaam en als naam voor bedrijven en omdat niet was gebleken dat de verdachte had beoogd om de naam van God te misbruiken.

Zoals de bovenstaande uitspraken laten zien hebben er zich in de rechtspraak geen problemen voorgedaan ten aanzien van de uitleg van de wettelijke termen ‘godslastering en ‘godsdienstige gevoelens’. Behalve ten aanzien van de Shiva-zaak lijkt het erop dat de rechterlijke kwalificaties door de partijen als vanzelfsprekend werden beschouwd. De rechter lijkt het om die reden ook niet nodig te hebben gevonden om expliciet kenbaar te maken waarop zijn kwalificatie steele. Vanwege de gebrekkige motivering kunnen we de kwalificaties niet associëren met een bepaalde politieke-filosofische benadering.

59 Rb. Amsterdam 2 oktober 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AB3067.

9.7 CONCLUSIE

9.7.1 *Wat is het juridische begrip van godsdienst?*

Uit de wetsgeschiedenis van het godslasteringsverbod blijkt dat de wetgever van 1932 een dynamisch-objectiverende definitie gaf van de wettelijke termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens'. Ten grondslag aan deze definitie lag een dynamisch objectief godsbegrip. In de visie van de wetgever was het niet het beledigde subject dat bepaalt wat het godsbegrip inhoudt, maar werd dit bepaald door de in de samenleving aanwezige en waarneembare opvattingen over de betekenis van God. De wetgever die in 2014 besloten heeft tot schrapping van het verbod op de godslastering heeft een ander godsbegrip. Volgens deze wetgever levert het godslasteringsverbod een probleem op ten aanzien van de rechtsgelijkheid, omdat in de zienswijze van de wetgever niet-christenen zich niet of nauwelijks op dit verbod zouden kunnen beroepen. De wetsgeschiedenis ondersteunt, gezien de dynamisch-objectiverende definitie van de wettelijke termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens' deze conclusie niet. Niet kan ontkend worden dat het verbod zich hoofdzakelijk richt op het godsbegrip van de monotheïstische godsdiensten, maar het gaat te ver om te stellen dat niet-christenen zich niet op het godslasteringsverbod zouden kunnen beroepen. De dynamisch-objectiverende definitie gaat uit van het in de samenleving aanwezige godsbegrip, ook als dit zou veranderen door de komst of het verdwijnen van godsdiensten.

De wettelijke term God (van 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens') heeft in de jurisprudentie nooit tot problemen geleid. In bijna alle zaken was duidelijk dat de lastering betrekking had op de gevoelens met betrekking tot de christelijke God of de God van andere grote bekende religieuze tradities. We kunnen concluderen dat de rechter in deze zaken veronderstelt dat voor iedereen duidelijk is dat er godsdienst in het spel is. Hij toetst de opvatting van het rechtssubject niet aan opvattingen van derden of aan openbare bronnen en stelt ook niet expliciet dat hij zich laat leiden door de opvattingen van het rechtssubject.

9.7.2 *Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?*

De door de wetgever van 1932 voorgestane dynamisch-objectiverende definitie van de wettelijke termen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens' werd door een optelsom van motieven gelegitimeerd onder andere door een confessioneel motief. Dit laatste motief was dat de wetgever niet een statisch geobjectiveerd godsbegrip nastreefde op grond waarvan vanuit een theocratische invalshoek elke kritiek op het christelijke begrip van God kon worden bestraft, maar in lijn met het Antirevolutionaire gedachtegoed werd uitge-

gaan van een dynamisch of open godsbegrip dat de verhouding tussen de gelovige en God centraal stelde. Het open karakter van het godsbegrip past bij het gedachtegoed van de Anti Revolutionaire Partij (ARP) dat gegrondvest was in het principe van 'soevereiniteit in eigen kring'. Men vond dat de overheid noch burgers een taak hadden in het definiëren van God. Indien men dit toch zou doen zou men interfereren in de rechtskring van God en de gelovige(n). Toch kan de legitimatie voor de dynamisch-objectiverende wijze van kwalificeren niet zonder meer geplaatst worden binnen een communautaristisch politiek-filosofische ideaaltype. De wetgever gaat bij de invulling van het godsbegrip namelijk niet uit van de opvattingen van het rechtssubject. Hij gaat met andere woorden, niet uit van een subjectiverende uitleg van de wettelijke term God. Het is bijvoorbeeld niet zo dat aan het individu of een kerkgenootschap de vrijheid wordt gelaten om te bepalen wat de betekenis is van God. In plaats daarvan heeft de wetgever het over de concrete voorstellingen van God die in de maatschappij leven. Het subject is dus niet leidend maar de aan verandering onderhevig zijnde algemene opvattingen in de samenleving. Omdat niet gesteld kan worden dat er sprake is van een collectief-subjectiverende uitleg van godsdienst kan de uitleg van de wetgever niet geheel geplaatst worden binnen een communautaristisch ideaaltype. Gezien de specifieke beperking van het godsbegrip tot de monotheïstische godsdiensten en tot de opvattingen van de meerderheid van de bevolking lijkt het meer te passen bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Daarmee worden immers singuliere, niet traditionele en excentrieke godsdienstige gevoelens van bescherming uitgesloten.

De wetgever van 2014 die het verbod van godslastering heeft geschrapt, gaat ervan uit dat de bestanddelen 'godslastering' en 'godsdienstige gevoelens' rechtsongelijkheid bewerkstelligen omdat ze een begrip van God veronderstellen waarmee niet-christenen zich niet of nauwelijks kunnen vereenzelvigen. Het godsbegrip van de wetgever van 2014 vormde een belangrijk argument voor het afschaffen van het godslasteringsverbod. Het afschaffen van het godslasteringsverbod kan men echter wel beschouwen als een tamelijk draconische maatregel om de gelijkheid tussen verschillende godsdiensten en levensbeschouwingen te bewerkstelligen. De wetgever had ook een meer multiculturele benadering kunnen volgen door het verbod zo aan te passen dat het een grotere verscheidenheid aan godsdienstige en levensbeschouwelijke gevoelens zou beschermen. De benadering van het afschaffen van het afschaffen van het godslasteringsverbod past in een seculier politiek-filosofisch ideaaltype aangezien hierdoor voor de bescherming van 'godsdienstige gevoelens' geen plaats meer is in het publieke domein.

De onproblematische kwalificatie van de rechter in zaken naar aanleiding van het blasfemieverbod kunnen we niet politiek-filosofisch duiden.

10.1 INLEIDING

Het Nederlandse blasfemieverbod impliceerde een in het openbaar geuite (smalende) belediging die betrekking had op (een) God. Anders dan bij het verbod op godslastering het geval was, is bij de bepalingen ter voorkoming van belediging, haat en discriminatie van bepaalde bevolkingsgroepen (artikelen 137c-137g Sr), niet God het onderwerp van belediging maar mensen die vanwege hun behoren tot een bepaalde groep gediscrimineerd, vernederd of beledigd worden. In deze bepalingen fungeert het bestanddeel ‘godsdiens of levensbeschouwing’ als kenmerk van een groep. Een groep wordt om dat kenmerk aangevallen.

In deze paragraaf analyseer ik de uitleg van het begrip godsdiens aan de hand van de definiëring van het groepskenmerk ‘godsdiens of levensbeschouwing’ en de kwalificatie naar aanleiding van deze wettelijke term. Daarbij ga ik uit van de veronderstelling dat dit groepskenmerk bij alle subartikelen van artikel 137 Sr dezelfde betekenis heeft. Mijn bespreking richt zich vooral op artikel 137c Sr omdat ten aanzien van het groepskenmerk godsdiens en levensovertuiging hierover het meest in de parlementaire geschiedenis en rechtspraak te vinden is. De overige artikelen komen vanwege hun beperkte relevantie slechts zijdelings aan bod. In het onderstaande bespreek ik eerst de definiëring van het groepskenmerk ‘godsdiens of levensovertuiging’ door de wetgever (10.2), vervolgens behandel ik de kwalificatie van een groepskenmerk als godsdiens of levensovertuiging in de jurisprudentie (10.3). Ik sluit af met een conclusie (10.4).

10.2 DE DEFINIËRING VAN HET GROEPSKENMERK ‘GODSDIENS OF LEVENSOVERTUIGING’ DOOR DE WETGEVER

Artikel 137c stamt uit 1934. Strafbbaar was gesteld:

‘Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk in beleedigenden vorm uitlaat over eene groep van de bevolking of over eene ten deele tot de bevolking behorende groep van personen, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden’ (artikel 137c oud Sr).¹

1 Wet van 19 juli 1934, *Stb.* 405.

In deze bepaling was ‘godsdiensdienst of levensovertuiging’ geen bestanddeel. De wetgever had een christelijk en ethisch motief met deze bepaling. Indiener van het voorstel minister van Justitie Van Schaik stelde:

‘Het zonder aanleiding naar beneden halen van bepaalde groepen van de bevolking is in strijd met de Christelijke naastenliefde. Het is ethisch te eenenmale verwerpelijk; het gaat in tegen de oudste vaderlandsche tradities; het brengt het saamhorigheidsgevoel tusschen de deelen van de natie in gevaar.’²

Daarnaast lag aan de bepaling een openbare orde-motief ten grondslag. Van Schaik:

‘De uitlatingen vormen trouwens een rechtstreeksche bedreiging van de openbare orde. Het stelselmatig krenken en kwetsen van een deel van de bevolking moet op den duur tot ordeverstoring en relletjes leiden en heeft ook reeds plaatselijk tot verstoring van de orde gevoerd.’³

Artikel 137c beschermde primair de joodse bevolking. Het antisemitisme vormde in die tijd een groeiend probleem. De minister beseftte echter dat ook niet-joodse bevolkingsgroepen onderwerp konden worden van belediging, haat en discriminatie:

‘Ik geef toe, dat de bedoeling oorspronkelijk is geweest, speciaal een bepaalde groep van de bevolking te beschermen, nl. de Joden. Om dit te bereiken, kon ik niet een uitzonderingsbepaling maken; om ons land te vrijwaren voor bedenkelijk antisemitisme, zooals het zich elders heeft geopenbaard, kon ik geen Jodenbepaling opnemen. Dat wilde ik ook niet doen, omdat wie een beetje kan vooruitzien, beseft, dat in de toekomst heel andere, groepen van de bevolking voorwerp kunnen zijn van verguizing en openbare belediging. Ik heb in de stukken verschillende categorieën genoemd. Het zijn: de predikanten, de geestelijken, de vluchtelingen, enz. Elke groep kan in de toekomst op een gegeven oogenblik het voorwerp uitmaken van een gruwelijke Hetze en campagne. Het Wetboek van Strafrecht zal nu bij voorbaat het wapen bieden om tegen dergelijke groepsbelediging op te kunnen treden.’⁴

We kunnen uit dit citaat van de minister in de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer opmaken dat de wetgever niet bepaalde groepen in de maatschappij van bescherming heeft willen uitsluiten. Dit blijkt ook uit

2 *Kamerstukken II 1933/34*, 237, nr. 3, p. 3.

3 *Kamerstukken II 1933/34*, 237, nr. 3, p. 4.

4 *Handelingen I 1933/34*, 85, p. 655.

de Memorie van Toelichting waarin Van Schaik stelt dat de strafbepaling '(...) betrekking [heeft] op alle groepen van de bevolking zonder onderscheid (...)'.⁵

In 1971 wijzigde de wetgever na implementatie van het Verdrag van New York van 7 maart 1966 (inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie) echter de redactie van deze bepaling:

'Hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of hun levensovertuiging, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van [tienduizend gulden].'⁶

In plaats van enkel de algemene strafbaarstelling van het beledigend uitlaten over een groep, formuleerde de regering de concrete kenmerken 'ras', 'godsdienst' en de 'levensovertuiging' (de overige groepskenmerken zoals die staan opgenomen in het huidige artikel 137c Sr zijn er nog weer later bij gekomen). De beperking van de bescherming van dit artikel tot drie kenmerken beoogde enerzijds verdragsverplichtingen na te komen en anderzijds het voorkomen van misbruik van het oude artikel. Zo stelt minister van Justitie Polak ten aanzien van dit laatste punt:

'Ik ben dus van mening dat onder de bescherming van die artikelen thans te veel groepen zijn gebracht. Deze artikelen zijn dan ook wel eens gebruikt in de politieke strijd, als iemand een politieke groep beledigde. Als men iets kwaads zou zeggen van bij voorbeeld de communisten zou men daardoor een hele groep kunnen beledigen. Vandaar dat wij het hebben beperkt tot drie groepen: die, gekenmerkt door ras, geloof of levensovertuiging.'⁷

Het motief om het kenmerk ras op te nemen was de goedkeuring van het bovengenoemde Verdrag. Het motief om de kenmerken 'godsdienst' en 'levensovertuiging' op te nemen was een ophanden zijnde VN-verdrag. Polak stelt:

'De staat zal volgens dat verdrag ook maatregelen moeten nemen tegen beledigingen wegens het geloof. Al op 31 oktober 1968 is trouwens in de Raad van Europa door het Comité van Ministers een resolutie aangenomen, waarbij de Staten wordt aanbevolen te zorgen voor effectieve maatregelen niet al-

5 *Kamerstukken II* 1933/34, 237, nr. 3, p. 3.

6 Wet van 18 februari 1971, *Stb.* 1971, 96.

7 *Handelingen II* 1969/70, 93, p. 4349.

leen tegen rassendiscriminatie, maar ook tegen de daarmee verbonden on-verdraagzaamheid en de discriminatie gebaseerd op geloof of overtuiging.⁸

De wetswijziging van artikel 137c gaf uitvoering aan bovenstaande motieven.

Voor wat betreft de discriminatiegrond 'levensovertuiging' blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de regering bij de indiening van het wetsvoorstel ervan uitging dat levensbeschouwelijke groepen een gelijke aanspraak moeten kunnen maken op bescherming als groepen die gekenmerkt worden door een gemeenschappelijke godsdienst. Aanhangers van een levensovertuiging zouden in dezelfde mate moeten worden beschermd als gelovigen.⁹ Zo zou volgens de regering 'opzettelijke belediging van atheïsten als groep onder de werking van de strafwet behoren te vallen'. Verder stelde de regering dat:

'Teneinde te doen uitkomen, dat de bescherming zich slechts uitstrekt tot groepen mensen die fundamentele opvattingen gemeen hebben, en niet tot iedere groep die een ideëel doel nastreeft, de woorden "of de grondslag van hun levensbeschouwing" zijn gekozen.'¹⁰

Op grond van de wetsgeschiedenis kunnen we stellen dat voor wat betreft de groepskenmerken 'godsdienst en levensovertuiging' de wetgever niet alleen gedacht heeft aan de op dat moment grote in Nederland gevestigde religieuze tradities zoals het christen- en jodendom, maar aan alle godsdiensten en levensovertuigingen. Ten eerste omdat we gezien de eenheid van de wet ervan uit kunnen gaan dat de wetgever voor het begrip godsdienst impliciet aansluiting heeft gezocht bij de betekenis van de wettelijke term godsdienst zoals die naar voren komt in de Grondwet en het EVRM. Zoals eerder gesteld is deze betekenis niet welomschreven en lijken de Grondwetgever en de opstellers van het EVRM een subjectiverende uitleg van de term godsdienst voor te staan. Nergens in de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever van 1971 hiervan heeft willen afwijken.

Ten tweede omdat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever (van 1971) de woorden 'godsdienst' en 'levensovertuiging' niet beperkt tot één specifieke godsdienst of levensovertuiging maar juist oog heeft voor pluraliteit. Zo stelt minister Polak:

8 *Handelingen I* 1970/71, 20, p. 556.

9 *Kamerstukken II* 1967/68, 9724, nr. 6, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 1967/68, 9724, nr. 3, p. 5. Later wijzigt de regering deze formulering, wegens zorgen over mogelijk foutieve interpretaties. Sommige Kamerleden dachten bij 'grondslag van levensovertuiging' abusievelijk aan het godsbegrip, het geloof of de Bijbel, terwijl de terminologie juist betrekking had op niet-godsdienstige groepen. Uiteindelijk koos de wetgever voor de huidige terminologie 'wegens hun godsdienst of levensovertuiging'.

‘Zij [de regering, JV] heeft daarbij mede overwogen, dat het van belang is in de tegenwoordige, wereldbeschouwelijk en godsdienstig zo gedifferentieerde Nederlandse samenleving de norm van verdraagzaamheid, ook op het gebied van godsdienst en levensovertuiging, nadrukkelijk te blijven stellen.’¹¹

Ook stelt hij:

‘Ik meen, dat ook in ons strafrecht de norm van tolerantie, die ook ten aanzien van het geloof en de levensovertuiging zo’n typisch Nederlands kenmerk is, op bescheiden wijze tot uitdrukking moet komen.’¹²

Ten derde ligt het gezien de grote reikwijdte van het oude artikel 137c Sr niet voor de hand dat de wetgever van 1971 met het groepskenmerk ‘godsdienst en levensovertuiging’ minder godsdienstige en levensbeschouwelijke groepen zou hebben willen beschermen dan voorheen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dit in ieder geval niet. Ten slotte onderschrijven ook de verwijzingen van de wetgever naar de concept VN-verklaring inzake de uitbanning van elke vorm van godsdienstige onverdraagzaamheid en discriminatie de conclusie dat de wetgever bij de termen ‘godsdienst’ en ‘levensovertuiging’ aan alle godsdiensten en levensovertuigingen heeft gedacht. Deze verklaring roept staten op elke vorm van discriminatie vanwege godsdienst of levensovertuiging uit te bannen. Het begrip godsdienst wordt in de verklaring niet gedefinieerd maar omdat zij rept van ‘religion or belief of his choice’, kunnen we ervan uitgaan dat dit begrip meerdere godsdiensten en levensovertuigingen omvat.¹³

Gesteld kan worden dat de wetgever met de discriminatiedelicten een ruim begrip van de termen ‘godsdienst en levensovertuiging’ op het oog had.¹⁴ Dit is niet vreemd aangezien deze strafbepalingen zuiver dienen om groepen te beschermen tegen belediging, discriminatie en haat. Anders gezegd: op grond van deze bepalingen wordt enkel voorzien in de minimale behoefte van groepen om beschermd te worden. Om die reden zal de wetgever weinig problemen hebben met het accommoderen van de bescherming van een grote diversiteit van godsdiensten en levensovertuigingen. De wetgever geeft echter geen criteria voor de vraag wanneer een groep godsdienstig is. De wetgever heeft beoogd, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, alle aanhangers van godsdiensten en levensovertuigingen te beschermen. De wetgever laat principieel ruimte voor verschillende godsdiensten. We kunnen

11 *Kamerstukken I* 1970/71, 9724, 22a (Eindverslag, Memorie van Antwoord), p. 4.

12 *Handelingen I* 1970/71, 20, p. 556.

13 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 25 November 1981, A/RES/36/55.

14 Zie ook Sackers, *TBS&H* 2017/2, p. 70; Sackers 2011, p. 309-328.

daarom concluderen dat de wetgever de discriminatiegrond ‘godsdiensdienst en levensovertuiging’ subjectief heeft gedefinieerd. De wetgever houdt in zijn definitie van het begrip godsdiensdienst (door het begrip niet af te bakenen of te fixeren) rekening met de zelfdefinitie van religieuze groepen. Vanuit het motief van christelijke naastenliefde wilde hij zonder uitzondering alle groepen in de samenleving beschermen tegen discriminatie. Een dergelijke benadering past in een accommodationistisch ideaaltype waarin groepen mensen met verschillende kenmerken (waaronder religie) met elkaar samenleven.

10.3 KWALIFICATIE VAN EEN GROEPSKENMERK ALS GODSDIENST OF LEVENSBESCHOUWING DOOR DE RECHTER

In het navolgende bespreek ik de wijze waarop de rechter op grond van het bestanddeel ‘godsdiensdienst en levensbeschouwing’ groepskenmerken als zodanig kwalificeert. Er zijn slechts een beperkt aantal zaken waarin dit aan de orde was. Te noemen valt het niet gepubliceerde arrest van het Hof Amsterdam uit 1952 tegen W.F. Hermans. In diens roman ‘Ik heb altijd gelijk’, zei een personage dat ‘katholieken het meest schunnige, belazerde, onderkruiperige, besodemietende deel van het Nederlandse volk zijn’. Hermans werd vrijgesproken van groepsbelediging omdat niet hij de uitlatingen had gedaan maar het fictieve personage in de roman.¹⁵

In een ander arrest, nu over de roman ‘Danslessen’, werden beledigende uitlatingen gedaan door een personage over de joodse achtergrond van de burgemeester van Zandvoort. Deze roman-burgemeester droeg dezelfde naam als de werkelijke, joodse burgemeester van Zandvoort. Een van de romanpersonen zei dat de gemeente slecht functioneerde en voegde daaraan toe: ‘maar ja, wat wil je ook, met zo’n joodje aan het hoofd’. De Hoge Raad oordeelde dat deze passage in zijn context als onderdeel van de roman moest worden uitgelegd, op grond waarvan daaraan het beledigende karakter ontviel.¹⁶

Ook in de *Bazuin*-zaak stond de joodse religie centraal. De vraag was of het opnemen van een kritische bijdrage over de exclusiviteit van het joodse geloof in het rooms-katholieke tijdschrift *De Bazuin*, strafbaar was. De redacteur stelde:

‘Hij [schrijver verwijst naar een andere auteur genaamd Shahak, JV] laat zien, dat het eigen is aan gesloten religieuze gemeenschappen, aan “uitverkoren volken”, dat de religie opgaat in wetten en regels en dat men bijna als vanzelf

15 Gerechtshof Amsterdam 18 december 1952, aangehaald door Sackers, *Strafblad* 2009, p. 226.

16 HR 9 oktober 2001, *NJ* 2002, 76, m.nt. De Hullu.

de buitenwereld naar de hel wenst en eventueel helpt. Zulk een "religie" verdient afgeschaft te worden.¹⁷

Het Gerechtshof Arnhem sprak de verdachte vrij en de Hoge Raad bekrachtigde deze uitspraak. Het hof oordeelde dat verdachte geen opzet had gehad om joden wegens hun godsdienst te beledigen.¹⁸

Ook in de *Circuit*-zaak werd de exclusiviteit van het joodse geloof bekritiseerd. Ditmaal had de hoofdredacteur van het Rotterdamse uitgaansblad *Circuit* zich in het blad beledigend uitgelaten over joden, door te zeggen:

'Mensen die zich uitverkoren voelen en dat fanatiek trachten uit te dragen zijn nu juist een gevaar voor de toekomst waarin rassen, sexen en geloven vreedzaam kunnen samenleven. Jehova's, onverdraagzame Islamitische fundamentalisten, fascistische ariërs, voelen zich immers ook uitverkoren.'

De rechtbank oordeelde deze uitlating strafbaar vanwege de 'volstrekt grievende zonder meer ontoelaatbare vergelijking en zelfs gelijkstelling van Joden met 'fascistische ariërs'.¹⁹

In 2011 werd de politicus Wilders vervolgd wegens groepsbelediging en het aanzetten tot haat en discriminatie (artikel 137c en d). Wilders zou in verschillende interviews en zijn film *Fitna* verschillende uitspraken hebben gedaan die beledigend zouden zijn voor en zouden aanzetten tot haat tegen moslims. Het ging om uitspraken waarvan de strekking was dat de islam een zieke en fascistische ideologie was en waarin de Koran gelijkgesteld werd met *Mein Kampf*. Voor de rechter stond buiten kijf dat de uitlatingen betrekking hadden op de godsdienst van moslims. Wilders had zich volgens de rechtbank schuldig gemaakt aan grievende uitlatingen over de islam en over het gedrag van moslims, maar niet ten aanzien van de groep mensen, de moslims, die deze godsdienst gemeen hebben.²⁰ De rechtbank oordeelde dan ook dat het bestanddeel 'over een groep mensen wegens hun godsdienst' niet was vervuld. De rechtbank overwoog dat alleen het aantasten van de eigenwaarde van de groep, omdat die een bepaalde godsdienst belijdt of een bepaalde levensovertuiging is toegedaan, strafbaar is. Kritiek op opvattingen en gedragingen — in welke vorm ook — valt volgens de rechtbank buiten het bereik van de strafbepaling.²¹

17 HR 16 december 1986, NJ 1987, 534, r.o. 4.1.1.

18 HR 16 december 1986, NJ 1987, 534.

19 Rb. Rotterdam 29 oktober 1993, RR 335.

20 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001, NJ 2012/370, NJFS 2011, 270, r.o. 4.2.

21 Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001, NJ 2012/370, NJFS 2011, 270, r.o. 4.2. Zie ook HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR2009:BF0655 (*het gezwel-arrest*).

In de hierboven besproken zaken was steeds duidelijk dat de beledigende uitlating was gericht tegen een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke groep (of tegen de godsdienst van die groep). De rechter kon op basis van de uitlatingen van de verdachte het groepskenmerk probleemloos kwalificeren als godsdienst. De rechter motiveert zijn kwalificatie niet. Dit is goed te begrijpen omdat het allemaal erg voor de hand ligt. We kunnen de wijze van kwalificeren van de rechter in bovenstaande zaken niet associëren met een bepaalde politiek-filosofische benadering. In een zaak die in 2003 speelde voor het Gerechtshof Den Haag lag dit anders. Daarin stond de kwalificatie van het groepskenmerk 'levensovertuiging' ter discussie. Het betrof een artikel 12 Sv-klacht van de erven van Pim Fortuyn met als doel de vervolging van een aantal politici omdat zij anderen zouden hebben aangezet tot haat en geweld tegen Pim Fortuyn en de leden van de Lijst Pim Fortuyn (LPF). Volgens het hof valt het aanzetten van haat of het plegen van geweld tegen een groep wegens de politieke overtuiging niet onder de reikwijdte van 'levensovertuiging' in de zin van artikel 137d Sr. Dit gold volgens het hof evenmin voor de overtuiging van dierenbeschermers, ecologen of natuurgenezers.²² Het hof overwoog:

'Bij levensovertuiging gaat het om fundamentele opvattingen over het leven in al zijn facetten, anders gezegd om beginselen waarnaar men zijn leven inricht. Een politieke overtuiging heeft geen betrekking op de inrichting van iemands leven, maar op de inrichting van de staat en het bestuur. Weliswaar kunnen die twee begrippen elkaar raken en zelfs ten dele overlappen, doch zij zijn in de kern verschillend van karakter.'²³

In feite bevestigt het hof met deze overweging wat de regering ruim 30 jaar eerder met de terminologie 'grondslag van levensbeschouwing' beoogde (zie 10.2). Met deze uitleg van levensovertuiging wordt de reikwijdte ervan geobjectiveerd. Dat past bij het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme: onder levensovertuiging worden vanuit een traditioneel kader alleen uitlatingen gerekend die een fundamenteel karakter hebben en die betrekking hebben op de inrichting van het leven.

22 Gerechtshof 's-Gravenhage 19 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF8921, NJ 2003/382.

23 Gerechtshof 's-Gravenhage 19 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF8921, NJ 2003/382, r.o. 20.

10.4 CONCLUSIE

10.4.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Ten aanzien van het groepskenmerk 'godsdienst of levensovertuiging' kan geconcludeerd worden dat de wetgever zich niet uitlaat over de vraag wanneer een groep godsdienstig is. Hij geeft hiervoor geen criteria. Toch kan gesteld worden dat de wetgever een subjectiverende definitie geeft van de wettelijke term 'godsdienst of levensovertuiging'. De wetgever heeft beoogd, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, alle aanhangers van godsdiensten en levensovertuigingen te beschermen. De wetgever laat principieel ruimte voor verschillende godsdiensten en levensovertuigingen. Niettemin is de reikwijdte van godsdienst en levensovertuiging niet geheel onbegrensd. Volgens de wetgever en later bekrachtigd in de rechtspraak kan onder levensovertuiging geen politieke overtuiging worden verstaan. De reden hiervoor is dat een politieke overtuiging onvoldoende fundamenteel is om hieraan als groep bescherming te ontleen. Kennelijk is het fundamentele karakter van het groepskenmerk het (enige) objectieve criterium dat de wetgever en rechter hanteren ten aanzien van de vraag wanneer er sprake is van 'levensbeschouwing (en godsdienst)'. De reikwijdte van 'godsdienst of levensovertuiging' heeft verder in de jurisprudentie niet ter discussie gestaan. De rechter licht in deze jurisprudentie zijn wijze van kwalificeren niet toe.

10.4.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

Gesteld kan worden dat de wetgever met de discriminatiedelicten (artikel 137c Sr) een ruim begrip van 'godsdienst en levensovertuiging' op het oog had. Dit hoeft niet te verbazen aangezien deze strafbepalingen zuiver dienen om groepen te beschermen tegen belediging, discriminatie en haat. Anders gezegd: op grond van deze bepalingen wordt enkel voorzien in de minimale behoefte van bescherming van deze groepen. Om die reden zal de wetgever weinig problemen hebben met het accommoderen van de bescherming van een grote diversiteit van godsdiensten en levensovertuigingen. Een dergelijke benadering past in een accommodationistisch ideaaltype waarin groepen mensen met verschillende kenmerken (waaronder religie) met elkaar samenleven.

De (onproblematische) wijze van kwalificeren van de rechter naar aanleiding van het bestanddeel 'godsdienst of levensovertuiging' kan niet worden geassocieerd met een bepaalde politieke-filosofische benadering. De meer objectieve eis dat een levensbeschouwing fundamenteel van aard moet zijn om als zodanig te kunnen worden gekwalificeerd kan men associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Hij impliceert een

traditioneel concept van levensovertuiging waarbij alleen opvattingen met een 'fundamenteel karakter' en die betrekking hebben op de 'inrichting van het leven' als zodanig worden gekwalificeerd.

11 | Beledigende uitlatingen ingegeven door een godsdienstige overtuiging

11.1 INLEIDING

Religieuze of levensbeschouwelijke groepen kunnen door uitlatingen van anderen worden beledigd. Andersom kunnen gelovigen of aanhangers van een levensovertuiging – geïnspireerd door hun overtuiging – uitlatingen doen waarmee ze andere groepen met bepaalde kenmerken (zoals homoseksualiteit) beledigen. In het vorige hoofdstuk is de eerste categorie uitlatingen aan de orde gesteld, dit hoofdstuk heeft betrekking op de tweede. Bekend in dit verband zijn de al wat oudere zaken over het echtpaar Goeree dat zich kwetsend uitliet over joden en homo's.

In de wat recentere jurisprudentie over artikel 137c Sr wordt ten aanzien van beledigende uitlatingen een context-benadering toegepast.¹ De rechter onderzoekt dan het beledigende karakter van de uitspraak in de context van de uitlating.² In sommige gevallen kan de context van een uitlating het beledigende karakter doen ontvallen. Daarbij kan gedacht worden aan de context van het maatschappelijk debat, maar ook aan de context van de uiteenzetting van de geloofsovertuiging.³

De rechter oordeelt niet zomaar dat de religieuze context het beledigende karakter van een uitlating wegneemt. Hiervoor stelt hij de eis dat de betreffende uitlating 'kenbaar in direct verband staat met de geloofsopvatting of levensovertuiging' van de verdachte. Alleen in die gevallen kan het beledigende karakter van de uitlating komen te ontvallen. Relevant voor dit onderzoek is hoe de rechter bepaalt of de verdachte een geloofsopvatting of levensovertuiging heeft. De indeling van dit hoofdstuk is als volgt: in paragraaf 11.2 blikken we terug op de wat oudere jurisprudentie over het echtpaar Goeree, daarna bepreek ik in paragraaf 11.3 de uitgangspunten in de recente EHRM- en nationale jurisprudentie inzake beledigende religieus geïnspireerde uitlatingen. Vervolgens analyseer ik in paragraaf 11.4 een vijftal recente artikel-137c uitspraken over beledigende religieus geïnspireerde uitlatingen. Paragraaf 11.5 bevat een conclusie.

1 Nieuwenhuis, *TvRRB* 2015-6, p. 9.

2 Janssen 2015, p. 451.

3 Zie ook: Ten Voorde 2015; Nieuwenhuis 2004.

11.2 HET ECHTPAAR GOEREE

In het verleden zijn er verscheidene rechterlijke uitspraken geweest over het echtpaar Goeree⁴ dat zich meerdere malen beledigend heeft uitgelaten over joden en homoseksuelen. De Goerees deden deze uitspraken in het door hun uitgegeven gospelblad *Evan*. Zij beweerden daarin onder andere dat joden de Holocaust aan zichzelf te wijten hadden omdat zij Christus zouden hebben vermoord. Dit leidde tot zowel een civiele als een strafrechtelijke zaak. Het civiele proces was aangespannen door een aantal maatschappelijke organisaties en beoogde de verspreiding van het blad te stoppen. In het strafrechtelijke proces vervolgde het Openbaar Ministerie de Goerees wegens het openbaar maken van een uitlating die beledigend was voor joden als groep in de zin artikel 137e Sr (verspreiden van beledigende uitlatingen). Zowel in de civiele als in de strafrechtelijke procedure drong zich dezelfde vraag op, namelijk of de uitlating gekwalificeerd moest worden als een godsdienstige uitlating in de zin van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM. Vanwege deze gemeenschappelijke vraag behandel ik in het onderstaande beide procedures. Opmerkelijk is dat de strafrechters en de civiele rechters een verschillende kwalificatiewijze hanteerden.

In het civiele proces stelde de Hoge Raad dat de Goerees bij het ‘belijden van hun godsdienstige overtuiging’ hun verantwoordelijkheid volgens de wet hadden verzaakt en daarmee onrechtmatig hadden gehandeld. De Hoge Raad zag in de onrechtmatige daad een legitieme beperkingsgrond in de zin van artikel 6 lid 1 Grondwet en artikel 9 lid 2 EVRM op grond waarvan de godsdienstvrijheid van de Goerees kon worden beperkt.⁵ Eerder had het hof overwogen dat de Goerees de vrijheid toekwam om hun eigen interpretatie van het Evangelie van Mattheüs in woord en geschrift te verkondigen, maar dit betekende volgens het hof niet dat zij hun interpretatie op voor anderen nodeloos kwetsende of grievende wijze mochten verkondigen. De interpretatie van de Goerees wordt door het hof gekwalificeerd als een godsdienstige uiting, zelfs ondanks, zo stelt het hof ‘... de overgrote meerderheid van de christelijke kerken inmiddels afwijzend zou hebben gereageerd ...’ op deze interpretatie. Uit deze overweging van het hof valt op te maken dat het hof uitgaat van een subjectiverende kwalificatiewijze.

4 HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702, m.nt. EAA.

5 HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702, m.nt. EAA, r.o. 3. Zoals meerdere malen in de literatuur is opgemerkt is deze beperking voor wat betreft art. 6 Gw discutabel omdat art. 1401 Bw (het huidige art. 6:162 Bw) niet, zoals de grondwetgever beoogde in zijn Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 1975/76, nr. 3, p. 23), aangeeft hoe ver de grondrechtsbeperking gaat en erg vage formuleringen bevat. Zie Vermeulen 1995, p. 25; Nieuwenhuis 2014, p. 141.

In het strafrechtelijke proces⁶ oordeelde de Hoge Raad dat de Goerees artikel 137e Sr hadden overtreden. De Hoge Raad overwoog dat:

‘... een uitlating waarvan de strekking is: “dat al datgene wat aan de joden is overkomen, t/m de vervolging van en de moord op 6 miljoen joden door het Nazi-regiem hun eigen schuld is”, moet worden aangemerkt als beledigend in de zin van meergemelde wetsbepaling, ongeacht de reden(en) waarom degene die deze uitlating openbaar maakt van mening is dat dit alles de “eigen schuld” van de joden is.’⁷

De Hoge Raad vond de betreffende uitlating van de Goerees dus hoe dan ook strafbaar, ongeacht of deze was ingegeven door godsdienst. Met deze overweging nam de Hoge Raad afstand van de eerdere vrijspraak van het gerechtshof.

Het hof was gekomen tot deze vrijspraak op grond van deskundigenrapporten. Het hof had overwogen dat de Goerees uitdrukking hadden gegeven aan hun geloofsovertuiging en dat hun geschriften een theologische en niet een beledigende bedoeling hadden. Het hof kwam tot deze opvatting op basis van deskundigenrapporten:

‘Blijkens de deskundigenrapporten wordt hun exegese door sommigen gedeeld, doch door anderen (fel) bestreden. Het is echter niet aan de rechter in de beoordeling daarvan te treden, aangezien dat een aantasting zou betekenen van de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van geloofsverkondiging, welke vrijheid aan de Goerees in de onderhavige zaak de ruimte laat uit te gaan van een niet door de Raad van Kerken of door rabbijnen geautoriseerde exegese.’⁸

Vanwege het invoeren van deskundigen kunnen we stellen dat het hof gebruik heeft gemaakt van een objectiverende kwalificatiewijze. Desalniettemin komt het hof tot hetzelfde uitgangspunt als de civiele rechter die daarvoor een subjectiverende kwalificatiewijze hanteerde, namelijk dat de Goerees recht hebben op een eigen exegese. In dat verband kunnen we eigenlijk stellen dat het vreemd is dat het hof überhaupt gebruik heeft gemaakt van deskundigenrapporten. Zonder deze rapporten had hij net als de civiele rechter tot het genoemde uitgangspunt kunnen komen. In feite hanteert het hof hier op verkapte wijze alsnog een subjectiverende kwalificatiewijze.

6 Gerechtshof Arnhem 29 mei 1987, *AB* 1988, 275, m.nt. J.A. Hofman en B.N.J. v.d. Meulen; HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 476, m.nt. G.E. Mulder; Gerechtshof Leeuwarden 16 maart 1989, *NJ* 1989, 810.

7 HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989/476, m.nt. G.E. Mulder.

8 Gerechtshof Arnhem 29 mei 1987, *AB* 1988, 275.

Zoals gezegd ging de Hoge Raad in dit oordeel ervan uit dat de betreffende uitspraak strafbaar was op grond van artikel 137c Sr. Overigens ontkende de Hoge Raad niet dat de uitlating van de Goerees was ingegeven door godsdienst. Kennelijk vond de Hoge Raad dat de godsdienstvrijheid van de Goerees zijn beperking vond in artikel 137e Sr.

In 1990 stonden de Goerees wederom in de beklaagdenbank. Het ging ditmaal om een beledigende uiting aan het adres van homoseksuelen. Aids zou volgens de Goerees de straf van God zijn voor homoseksualiteit. De Hoge Raad oordeelde net als in de eerdere civiele zaak dat de Goerees met hun uitlatingen onrechtmatig hadden gehandeld. Ook in deze zaak beoordeelde de Hoge Raad de uitlatingen in het kader van artikel 6 lid 1 Grondwet en artikel 9 lid 1 EVRM. Overigens lieten zowel het hof als de Hoge Raad in het midden of de homovijandige uitspraken daadwerkelijke dienden te worden gekwalificeerd als godsdienstig. Volgens de rechtbank in eerste aanleg zouden de uitspraken van de Goerees ongenueanceerd en ongemotiveerd zijn en daarom niet kunnen gelden als godsdienstige uiting.

Aan de hand van de *Goeree*-jurisprudentie kunnen we geen consistente wijze van kwalificeren opmaken. In de volgende paragraaf onderzoek ik of dit wel het geval is ten aanzien van de meer recente jurisprudentie.

11.3 UITGANGSPUNTEN IN DE RECENTERE JURISPRUDENTIE OVER BELEDIGENDE RELIGIEUS GEÏNSPIREERDE UITLATINGEN

Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat de godsdienstvrijheid in het bijzonder van toepassing is bij uitlatingen tijdens een religieuze bijeenkomst⁹ of bij het verkondigen en evangeliseren in eigenlijke zin.¹⁰ Dan is er sprake van een directe expressie van godsdienst of levensovertuiging. In veel gevallen heeft het EHRM godsdienstig geïnspireerde uitlatingen echter niet beoordeeld op grond van artikel 9 EVRM maar op grond van 10 EVRM, de vrijheid van meningsuiting.¹¹ In die gevallen beoordeelt het EHRM een religieuze uitlating primair als een meningsuiting (en niet als godsdienstige uiting). Volgens Nieuwenhuis worden religieuze uitlatingen in het publieke domein in toenemende mate begrepen als een inmenging in het maatschappelijk debat en daarom benaderd vanuit artikel 10 EVRM.¹²

9 Bijv. EHRM 14 december 1999, 3817/97 (*Serif v Griekenland*); EHRM 2 december 2014, 31706/10 (*Guler v Turkije*).

10 Bijv. EHRM 25 mei 1993, 14307/88 (*Kokkinakis v Griekenland*).

11 Zie ECRM 16 mei 1977, 7050/75 (*Arrowsmith v Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 december 2003, 35071/97 (*Muslum Gunduz v Turkije*); EHRM 18 januari 2001, 41615/98 (*Zaoui v Zwitserland*).

12 Nieuwenhuis, *TvRRB* 2015-6, p. 9.

In Nederland beoordeelt de rechter sinds de *Van Dijke*-zaak uit 2001¹³ beledigende uitlatingen in het kader van artikel 137c op grond van een contextbenadering:

‘Bij de beoordeling van een uitlating in verband met de strafbaarheid daarvan wegens groepsbelediging en/of aanzetten tot discriminatie [...], dient acht te worden geslagen op de bewoordingen van die uitlating alsmede op de context waarin zij is gedaan. [...] Tevens dient onder ogen te worden gezien of de uitlating in dat verband niet onnodig grievend is.’¹⁴

In de literatuur duidt men deze benadering ook wel als een drietrapstoets: Ten eerste moet worden vastgesteld of bepaalde bewoordingen op zichzelf grievend zijn; als dit zo is, dan moet ten tweede onderzocht worden of de context het beledigende karakter aan de uitlatingen kan doen ontvallen. Daarbij dient gedacht te worden aan de context van het maatschappelijke debat of aan de context van de geloofsovertuiging. Indien dit zo is, moet ten derde bekeken worden of de uitlatingen niet onnodig grievend zijn.¹⁵ Wanneer dit niet het geval is, dan is de uitlating niet strafbaar.¹⁶

In de jurisprudentie over artikel 137c Sr wordt het religieuze karakter van een uitlating meegenomen in de contextbenadering. Het religieuze karakter van een uitlating kan het strafwaardige karakter ontnemen. Niet duidelijk is of in de contextbenadering de vrijheid van godsdienst het beledigende karakter van de uitlating wegneemt of de vrijheid van meningsuiting, of beide grondrechten. Daarmee is ook niet duidelijk of een door godsdienst ingegeven uitlating kan worden gekwalificeerd als godsdienstige uiting (of als meningsuiting met religieuze basis). Dit blijkt ook niet uit de in de jurisprudentie ontwikkelde eis dat de uitlating ‘kenbaar in direct verband [moet] staan met de geloofsopvatting of levensovertuiging’ van verdachte wil de strafbaarheid van de uitlating komen te ontvallen. Vloeit deze eis voort uit de vrijheid van godsdienst of uit de vrijheid van meningsuiting? Vanwege deze onduidelijkheid laat ik in onderstaande analyse de kwalificatievraag of een uitlating die is ingegeven door godsdienst een godsdienstige uiting is (in de zin van de godsdienstvrijheid) achterwege en concentreer ik mij enkel op de hieraan voorafgaande vraag, namelijk of de grond waarop de uitlating is

13 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203, *AB* 2001, 303 (*Van Dijke*), m.nt. B.P. Vermeulen.

14 HR 16 december 2014, *NJ* 2015/108, m.nt. M. Rozemond.

15 Zie HR 16 december 2014, *NJ* 2015/108, r.o. 4.4.4 (*Felter*). Daarin bepaalde de Hoge Raad dat uitlatingen van een politicus onnodig grievend kunnen zijn indien hij ‘... uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Daarbij gaat het niet uitsluitend om uitlatingen die aanzetten tot haat of geweld of discriminatie maar ook om uitlatingen die aanzetten tot onverdraagzaamheid.’

16 Nieuwenhuis, *TvRRB* 2015-6, p. 14.

gedaan, dus de leer (niet de uitlating zelf) erachter, kan worden gekwalificeerd als godsdienst.

11.4 KWALIFICATIE VAN DE ACHTERGROND VAN BELEDIGENDE UITLATINGEN ALS GODSDIENSTIG

In het onderstaande bespreek ik vijf artikel 137c Sr-uitspraken met betrekking tot beledigende religieuze uitlatingen: de *Van Dijke*-zaak, de *politieagent*-zaak, de *El-Moumni*-zaak, de *dominee*-zaak en tot slot de *ji*had-zaak.

De *Van Dijke*-zaak¹⁷ uit 2001 ging over parlementariër Van Dijke die zich in een interview hardop afvroeg of er binnen de christelijke leer een hiërarchie is tussen zonden. Hij meende van niet en stelde daarbij de retorische vraag of het praktiseren van homoseksualiteit (wat volgens hem een zonde is) een erger vergrijp is dan het stelen van uitkeringen van de overheid. Hij werd vrijgesproken door het gerechtshof. De Hoge Raad bekrachtigde deze uitspraak en overwoog dat het gerechtshof:

‘... in zijn oordeel mocht betrekken dat de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting mede bepalend kunnen zijn voor het al dan niet aannemen van een beledigend karakter van – op zichzelf beschouwd kwetsende of grievende – uitlatingen’.¹⁸

Ook stelde de Hoge Raad dat:

‘... in ‘s Hofs overwegingen besloten ligt dat deze uitlatingen kenbaar in direct verband stonden met de uiting van de geloofsopvatting van de verdachte en als zodanig voor hem van betekenis zijn in het maatschappelijk debat’.

Kennelijk kwam de Hoge Raad tot deze kwalificatie op grond van de overweging van het hof dat:

‘... verdachte in feite zegt dat hij op grond van zijn geloofsovertuiging homoseksuele praxis afwijst als zondig, namelijk als strijdig met een van de Bijbelse geboden en dat hij het, eveneens op grond van die geloofsovertuiging, onjuist vindt om in die geboden gradaties aan te brengen’.¹⁹

17 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 203, AB 2001, 303 (*Van Dijke*), m.nt. B.P. Vermeulen.

18 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 203 (*Van Dijke*), r.o. 3.4.4.

19 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 203 (*Van Dijke*), r.o. 3.3. Vgl. Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 49. Zie ook HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204, m.nt. JdH.

We kunnen concluderen dat het hof, bekrachtigd door de Hoge Raad ervan uitgaat dat verdachte een geloofsovertuiging aanhangt. Het hof neemt deze (christelijke) geloofsovertuiging op grond van de verklaring van verdachte aan. Het hof roept hiervoor niet de hulp van derden in. Er is in deze zaak dan ook geen objectiverende kwalificatiewijze toegepast. Het hof heeft niet gecontroleerd bij derden of in algemeen toegankelijke bronnen of de interpretatie van de Bijbel door de verdachte door anderen wordt gedeeld. Ook heeft het hof niet zelf de Bijbel geraadpleegd. Het hof is op basis van de verklaringen van de verdachte ervan overtuigd dat zijn opvattingen godsdienstig zijn. Dat wijst op een subjectiverende kwalificatiewijze.

Op dezelfde datum als de *Van Dijke*-zaak wees de Hoge Raad ook het *politieagent*-arrest. Het ging hier om een agent die op grond van zijn christelijke overtuigingen in een politieblad schreef: 'Homoseksualiteit wordt gelijk gesteld aan heteroseksualiteit. Dat is zo ongeveer diefstal gelijk stellen met het schenkingsrecht of mishandeling met verpleging'.²⁰ De politieagent deed zijn uitlating als reactie op het maatschappelijke debat over de plannen voor de openstelling van het huwelijk voor homoseksuele paren. Het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat de context van de uitspraak het beledigende karakter ervan ontnam en sprak vrij. De Hoge Raad bekrachtigde dit oordeel. De kwalificatie van de opvattingen van de politieagent als christelijk is in deze zaak niet problematisch. Het hof stelt dat de politieagent zijn uitspraak baseerde op 'Bijbelse opvattingen' over homofilie. Kennelijk ging het hof hier uit van een subjectiverende kwalificatiewijze: het nam de christelijke overtuigingen van de verdachte aan op grond van zijn verklaring. Het heeft niet gecontroleerd of de 'Bijbelse opvattingen' daadwerkelijk kunnen worden afgeleid uit de Bijbel. Verder is interessant dat in deze zaak de vrijheid van godsdienst in het geheel niet ter sprake kwam. De beledigende uitspraken werden geheel benaderd vanuit de vrijheid van meningsuiting. Verdachtes godsdienstige overtuigingen speelden slechts een rol bij het duiden van de context op grond waarvan de uitspraak door de politieagent werd gedaan. Met andere woorden, de religieuze opvatting van de man vormde slechts de achtergrond van een meningsuiting. Advocaat-Generaal Machielse stelt dat de uitlating van de politieagent kan worden gekwalificeerd als een vorm van op het geloof geïnspireerde 'vrije meningsuiting' en niet als een geloofsveronding.²¹

In de *El-Moumni*-zaak uit 2002 waren wederom homoseksuelen het mikpunt. Het ging dit keer om een moslim die tijdens een televisie-uitzending stelde:

20 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204.

21 HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204, r.o. 12.

‘Homoseksualiteit is schadelijk voor de samenleving in het algemeen en in het bijzonder voor de Nederlanders [...]. Als dat verschijnsel zich onder de jeugd verspreidt, zowel onder jongens als meisjes, dan zal dat tot uitsterven leiden.’

En:

‘Homoseksualiteit blijft niet beperkt tot de mensen die deze ziekte hebben maar kan zich verspreiden. Als die ziekte zich verspreidt, kan iedereen besmet raken.’

Zowel de Rotterdamse rechtbank als later het Haagse gerechtshof kwamen tot vrijspraak in de zin van artikel 137c Sr omdat ‘aan in beginsel beledigende uitlatingen het beledigende karakter kwam te ontvallen wanneer die uitlatingen een godsdienstige overtuiging direct uitdrukken’.²² Er werd in deze uitspraken aansluiting gezocht bij het *Van Dijke*-arrest. Volgens het hof waren de uitspraken een uitdrukking van de in de islamitische geloofsovertuiging van de verdachte verankerde opvatting omtrent het zondige karakter van de homoseksuele levenswijze. Het hof kwalificeert in deze zaak de opvattingen van de verdachte dus als een islamitische geloofsovertuiging. Voor deze kwalificatie maakte het hof mede gebruik van twee deskundigenrapporten. In het eerste rapport werd geconcludeerd dat verdachte zijn uitlatingen kon baseren op teksten van de Koran en op uitspraken van de profeet, in het tweede dat verdachte homoseksualiteit benadert vanuit het traditionele standpunt van de islamitische wet en de uitlatingen een perfecte weergave zijn van het traditionele standpunt van moslimjuristen.²³ In deze zaak zoekt de rechter voor zijn kwalificatie dus wel aansluiting bij de opvattingen van derden. Dit is een objectiverende kwalificatiewijze.

In 2003 sprak de Hoge Raad zich uit in de *dominee Herbig*-zaak. Deze dominee bestempelde in een ingezonden brief in een dagblad homofilie als een ‘vieze en vuile zonde’ en stelde het gelijk aan pedofilie en polygamie.²⁴ Hij beriep zich daarbij expliciet op een Bijbeltekst (Leviticus 18:22). Het hof stelde (bekrachtigd door de Hoge Raad) op grond van de in het *Van Dijke*-arrest door de Hoge Raad ontwikkelde criteria, dat deze uitlating in direct verband staat met de geloofsopvatting van de dominee aangezien deze ter onderbouwing rechtstreeks verwijst naar de Bijbel. Daarenboven stelde het hof dat was gebleken dat verdachtes bedoeling was om de mensheid te waarschuwen. Dit brengt volgens het hof met zich dat de uitlatingen van de dominee van betekenis zijn voor het maatschappelijk debat en om die reden niet bele-

22 Gerechtshof ‘s-Gravenhage 18 november 2002, NJ 2003, 24.

23 Gerechtshof ‘s-Gravenhage 18 november 2002, NJ 2003, 24.

24 HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261.

digend zijn in de zin van artikel 137c.²⁵ Ook hier wordt dus de contextbepaling toegepast. In verband met de kwalificatievraag of er sprake is van een godsdienst zijn de volgende overwegingen van het hof relevant. Ten eerste overwoog het hof dat verdachte '... als dominee redenerend vanuit zijn christelijke gedachtegoed...' tot zijn uitlatingen is gekomen. Ten tweede overwoog het hof: 'Nu verdachte [...] in die brief uitdrukkelijk verwijst naar de Bijbel, stonden zijn uitlatingen kenbaar in direct verband met zijn uiting'.²⁶ We kunnen concluderen dat de rechter er in deze zaak van uitgaat dat de interpretatie van de Bijbel door de verdachte is te kwalificeren als een (christelijke) geloofsovertuiging. Voor deze kwalificatie wordt geen hulp in geroepen van derden, zoals deskundigen, die kunnen aantonen dat de interpretatie van de justitiabele verdedigbaar is. Wel toetst het hof de uitspraken aan de Bijbel. Het overwoog namelijk ten aanzien van de toevoeging 'vieze vuile' dat deze toevoeging in direct verband staat met de geloofsovertuiging van de dominee, omdat in de Bijbel valt te lezen dat daarin over homofilie wordt gesproken als een 'gruwel(daad)' of een 'gruwelijke zonde' (Leviticus 18:22).²⁷ Dit wekt de indruk dat het hof zelf bezig is geweest met Bijbelexegese. Dit is een objectiverende kwalificatiewijze. Met deze wijze van kwalificeren begeeft de rechter zich in theologisch vaarwater. Desondanks is dit wel te begrijpen aangezien gemakkelijk is in te zien dat de genoemde teksten in de Bijbel aanleiding kunnen geven voor een interpretatie zoals die van de dominee.

Tot slot de uitspraak van de Rechtbank Den Haag in het zogenoemde *Jihad*-proces. Eén van de verdachten had tijdens een demonstratie de uitspraak 'Khaybar Khaybar, wee oh Joden, het leger van Mohamed zal terugkeren' gedaan. Deze uiting refereert aan de gebeurtenissen in Khaybar omstreeks het jaar 629, waarbij door het leger van de profeet Mohammed geweld werd gebruikt tegen joden. Bij de vaststelling dat de verdachte zijn uitspraak deed op grond van een religieuze overtuiging liet de rechtbank zich bijstaan door een deskundige. Volgens de deskundige werd joden met deze uitspraak een herhaling van bovengenoemde gebeurtenissen in het vooruitzicht gesteld.²⁸ De rechter paste met het inroepen van deskundigen dus een objectiverende kwalificatiewijze toe. De religieuze achtergrond van de uiting ontnam daaraan overigens niet de strafbaarheid. De uitspraak werd gedaan bij een demonstratie waarin IS-vlaggen werden getoond en waarin door meerdere aanwezigen werd opgeroepen om joden te doden.²⁹ Deze context kon volgens de rechtbank niet worden begrepen als een die bijdraagt aan het publieke debat, ook niet nu het ging om een uitspraak die werd ingegeven door godsdienst.

25 Janssen & Nieuwenhuis 2011, p. 50.

26 HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261, r.o. 3.3.

27 HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261, r.o. 3.3.

28 Rb. 's-Gravenhage 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365 (*Jihad*), r.o. 19.26.

29 Rb. 's-Gravenhage 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365 (*Jihad*), r.o. 19.27.

De wijze waarop in genoemde zaken wordt bepaald of er sprake is van een geloofsovertuiging is niet eenduidig. In het *Van Dijke*- en het *politieagent*-arrest gaan de rechterlijke instanties uit van een subjectiverende interpretatie. Ze oordeelden op basis van de verklaringen van de verdachte of er sprake was van een geloofsovertuiging. In de *El-Moumni*-, de *dominee*- en de *ji*had-zaak hanteerde het gerechtshof een objectiverende kwalificatiewijze. In de zaken over het islamitisch geloof baseerde de rechter zich op deskundigen. Mogelijk dat dit werd ingegeven vanuit onbekendheid met deze godsdienst. We kunnen de niet-consistente wijze van kwalificeren van de rechter niet duiden vanuit een bepaalde politiek-filosofische benadering.

11.5 CONCLUSIE

11.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Godsdienst of levensovertuiging kunnen het beledigende karakter aan een uitspraak ontnemen waardoor deze niet strafbaar is. In de recentere nationale jurisprudentie worden deze uitlatingen beoordeeld vanuit een contextbenadering. Indien een beledigende uitlating is geïnspireerd door godsdienst of levensovertuiging dan kan deze inspiratie gelden als context op grond waarvan het beledigende karakter van een uitspraak kan komen te ontvallen. Overigens is niet duidelijk of het beledigende karakter dan komt te vervallen vanwege het feit dat de uitlating een religieuze uiting is die wordt beschermd door de vrijheid van godsdienst, of omdat de religieuze uitlating wordt beschermd door de vrijheid van meningsuiting omdat deze wordt gezien als een bijdrage aan het maatschappelijke debat. Vanwege deze onduidelijkheid heb ik in de bestudeerde zaken de kwalificatievraag of een uitlating die is ingegeven door godsdienst een godsdienstige uiting is (in de zin van de godsdienstvrijheid) achterwege gelaten en mij geconcentreerd op de hieraan voorgaande vraag namelijk of de grond waarop de uitlating is gedaan, dus de leer (niet de uitlating) erachter, kan worden gekwalificeerd als godsdienst.

Uit de nationale jurisprudentie betreffende beledigende uitingen ingegeven door godsdienst, komt naar voren dat er verschillende kwalificatiewijzen worden toegepast ten aanzien van de vraag of de (achter)grond van de uiting kan worden gekwalificeerd als geloofsovertuiging. In drie van de vijf bestudeerde uitspraken was er sprake van een subjectiverende kwalificatiewijze, en in de andere twee was er sprake van een objectiverende kwalificatiewijze. Deze uiteenlopende wijze van kwalificeren wordt bevestigd door de wat oudere jurisprudentie over het echtpaar Goeree. Ook daarin wordt door de rechter de ene keer objectiverend en de andere keer subjectiverend gekwalificeerd.

11.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

Voor de artikel 137c Sr-zaken waarin de religieuze achtergrond van een beledigende uitlating door de rechter moest worden gekwalificeerd kan men niet stellen dat de kwalificatiewijze in verband is te brengen met een politiek-filosofische benadering. Opvallend is wel dat in de zaken met betrekking tot het islamitische geloof de hulp van deskundigen werd ingeroepen. In de zaken die gingen over 'christelijke uitlatingen' gebeurde dit niet.

12 | Psychische overmacht vanwege een godsdienstige overtuiging

12.1 INLEIDING

Verdachten die zich verweren met het argument dat hun strafbare gedragingen zijn ingegeven door godsdienstige gedrevenheid worden wel overtuigingsdaders genoemd. Een bekende overtuigingsdader was Luther. Bekend is zijn uitspraak 'Hier sta ik, ik kan niet anders, God helpe mij' die hij in 1521 deed voor de Rijksdag te Worms, nadat men hem had verzocht zijn ketterse geschriften te herroepen.¹ Hoewel de boodschap en de daden van Luther op geen enkele manier zijn te vergelijken met die van de moslimterroristen waaronder de huidige westerse samenlevingen gebukt gaan, is er wel een element dat zowel Luther als deze moslimterroristen met elkaar gemeen hebben. Beiden worden bewogen door een religieuze overtuiging waaraan ze geen weerstand (zeggen) te kunnen bieden. Met het oog op het opkomend moslimterrorisme is het daarom niet onaannemelijk dat de rechtsorde in de toekomst vaker met dergelijke daders zal worden geconfronteerd. Een beroep op een strafuitsluitingsgrond zal voor hen echter weinig kans van slaan hebben. In de jurisprudentie ben ik een succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond vanwege religieuze gedrevenheid niet tegengekomen.² Wel zijn er zaken waarin de Hoge Raad stelt dat een beroep op een godsdienstig motief moet worden opgevat als een beroep op strafuitsluitingsgrond. Zo oordeelde de Hoge Raad in 1968 dat de overtreding van een verbod tot een optocht (APV Amsterdam) door een quaker (aanhanger van een christelijke denominatie) vanwege 'persoonlijke godsdienstige gedrevenheid' door de rechtbank kon worden opgevat als een beroep op psychische overmacht (artikel 40 Sr). Desondanks oordeelde de Hoge Raad dat de rechter het beroep terecht had verworpen omdat volgens hem de overtuigingen van de verdachte niet van een dermate dwingende aard waren dat ze een situatie van overmacht opleverden.³

In de recente literatuur worden twee typen overtuigingsdaders onderscheiden: zij die een wettelijk verbod overtreden en zij die weigeren te voldoen aan een wettelijke plicht (een gebod). In het eerste geval spreekt men over gewetensdrang en in het tweede geval van gewetensbezwaar.⁴ In de

1 Zie R Emmelink, *AA 2003/AA20030007*.

2 Vgl. De Hullu 2015, p. 305. Overigens bespreek ik de (religieuze) leerplichtbezwaren in 18.3.

3 HR 16 januari 1968, *NJ 1969*, 2.

4 Ten Voorde 2015.

meeste gevallen waarin religie als verweer wordt ingeroepen, wordt een beroep gedaan op de schulditsluitingsgrond psychische overmacht. Het gaat immers vaak om een verdachte die stelt dat hij blootstond aan een 'religieuze gewetensdrang' of werd weerhouden door een 'religieus gewetensbezwaar' waardoor hij zich gedwongen voelde een strafbaar feit te plegen. Paragraaf 12.2 gaat over de vraag of een religieus gewetensbezwaar of gewetensdrang überhaupt gerubriceerd kan worden als een beroep op psychische overmacht. In paragraaf 12.3 ga ik meer specifiek in op de wijze van kwalificeren van het religieuze element in een beroep op psychische overmacht (en andere strafuitsluitingsgronden) vanwege een godsdienstig motief. Paragraaf 12.4 sluit af met een conclusie.

12.2 RUBRICERING VAN GEWETENSBEZWAAR OF GEWETENSDRANG ALS PSYCHISCHE OVERMACHT

De Memorie van Toelichting van artikel 40 Sr typeert overmacht als 'elke kracht, elke drang, elke dwang waaraan men geen weerstand kan bieden'. Deze kracht, drang of dwang dient volgens de wetgever te worden veroorzaakt door uitwendige omstandigheden. Dit in tegenstelling tot een kracht, drang of dwang die van 'binnenuit', uit het innerlijk komt zoals in het geval van ontoerekeningsvatbaarheid (opgenomen in artikel 39 Sr). Daar gaat het om een abnormale toestand der geestesvermogens of een ziekelijke stoornis.⁵ De eerste zaak waarin de Hoge Raad zich uitsprak over de vraag of gewetensbezwaar of -drang kan gelden als psychische overmacht is het *Zijpse dominee*-arrest uit 1915. Deze dominee riep tijdens de mobilisatie vanwege de dreiging van de Eerste Wereldoorlog, in een pamflet iedereen op tot dienstweigering. Hij beriep zich op overmacht: hij moest zijn morele opvattingen navolgen. De Hoge Raad oordeelde dat de gewetensdrang die slechts uit morele opvattingen voortspuit geen overmacht in de zin van artikel 40 Sr oplevert. De Hoge Raad overwoog: '(...) dat overmacht niet is een slechts uit eigen opvatting omtrent de zedelijke en maatschappelijke waarde van wettelijke instellingen en voorschriften voortspuitende drang'.⁶ Volgens de Hoge Raad moet er bij overmacht sprake zijn van 'bijzondere uitwendige omstandigheden'. Innerlijke overtuigingen voldoen daaraan niet.

In het arrest van 20 juni 1950 nuanceert de Hoge Raad zijn eerdere uitspraak.⁷ Het ging in deze zaak om een Alphense veehouder die zich vanwege zijn geloofsovertuiging onttrok aan zijn wettelijk verplichte lidmaatschap van de provinciale gezondheidsdienst voor dieren. De rechtbank was aan deze

⁵ Smidt 1881, p. 339 en 375-376.

⁶ HR 26 juni 1916, NJ 1916, 703 (*Zijpse dominee*).

⁷ HR 20 juni 1950, NJ 1951, 348, m.nt. W.J. Pompe (*Alphense boer*).

gewetensbezwaren voorbij gegaan. De Hoge Raad overwoog dat een beroep op gewetensbezwaren een verweer is in de zin van artikel 358 lid 3 Sv. Op het beroep op gewetensbezwaren moest uit hoofde van artikel 358 lid 3 Sv in het vonnis ingegaan worden, met andere woorden: de rechtbank had het verweer van de Alphense veehouder inderdaad moeten opvatten als een beroep op strafuitsluitingsgrond vanwege religieuze gewetensbezwaren.⁸

In zijn annotatie stelt Pompe dat de gewetensbezwaren van de veehouder niet anders dan kunnen worden begrepen als een beroep op overmacht in de zin van artikel 40 Sr en noemt hij de vraag wanneer gewetensbezwaren overmacht vormen, 'de grote, actuele en tot den diepsten grondslag van het recht reikende vraag'. Het antwoord op deze vraag geeft de Hoge Raad in deze zaak echter niet. Enkel wordt duidelijk dat de Hoge Raad stelt dat gewetensbezwaren moeten worden opgevat als een beroep op een strafuitsluitingsgrond.⁹ Deze uitspraak werd in de literatuur fel bekritiseerd. Verschillende auteurs vroegen zich af hoe de Hoge Raad een gewetensbezwaar dogmatisch gerubriceerd wilde zien. Pompe en Hazewinkel lieten blijken het principieel met de Hoge Raad oneens te zijn en vonden dat voor een strafuitsluitingsgrond vanwege gewetensbezwaren geen plaats is in het recht.¹⁰ Langemeijer dacht aan psychische overmacht, Van Eck bepleitte een algemene strafuitsluitingsgrond. De Nederlandse Juristen Vereniging (NJV) wees in 1960 het idee van Van Eck om het gewetensbezwaar te rubriceren als algemene strafuitsluitingsgrond met grote stemmenmeerderheid af.¹¹ Men was het echter erover eens dat uit dit arrest volgt dat de rechter niet meer zoals vroeger stilzwijgend aan een beroep op een gewetensbezwaar voorbij mag gaan. Hij moet in het geval dat iemand zich beroept op een gewetensbezwaar onderzoeken of dit beroep een strafuitsluitingsgrond oplevert. Later werd vervolgens in het *Quaker*-arrest (hierover meer in de volgende paragraaf) bepaald dat indien een bezwaar is vervat in meer psychologische termen de rechter een dergelijke beroep als psychische overmacht moet kwalificeren en onderzoeken.¹²

12.3 KWALIFICATIE VAN HET RELIGIEUZE ELEMENT IN HET GEWETENSBEZWAAR OF HET GEWETENSDRANG

In de literatuur heerst de opvatting dat in beginsel een beroep op psychische overmacht vanwege een gewetensbezwaar niet door de rechter zal worden

8 Keulen 2006, p. 22.

9 Ten Voorde 2015. Zie ook HR 4 december 1979, NJ 1980, 157.

10 R Emmelink 1995, p. 306.

11 R Emmelink & Van Eck 1960.

12 R Emmelink 1995, p. 306, 307.

erkend. Straffeloos is slechts hij die overrompeld wordt door een van buitenkomende kracht waartegen hij geen weerstand kan opbrengen. De dader treft dan geen verwijt. Indien echter niet een van buitenkomende kracht maar de vrije wil de oorzaak is van het strafbare feit, dan gaat deze redenering niet op. Dit punt is in het kader van dit onderzoek van belang. Over het algemeen treft men namelijk in de literatuur de opvatting dat gewetensbezwaren de wilsvrijheid niet aantasten. Een persoon zou kunnen kiezen om zijn geweten te volgen. De redenering is dan dat gewetensdaders *kieszen* voor het volgen van hun geweten, voor hun morele, zedelijke of godsdienstige normen in plaats van de wettelijke normen. Er is dan geen sprake van een van buitenkomende kracht, maar een keuze voor het volgen van innerlijke overtuigingen. Dit kan volgens deze auteurs geen overmacht opleveren.¹³

Ondanks de bedenkingen in de literatuur ten aanzien van religieuze gewetensbezwaren lijkt het uitgangspunt in het *Alphense veehouder*-arrest, dat werd bekrachtigd in het *Quaker*-arrest, namelijk dat een beroep op een religieuze kracht, drang of dwang kan worden opgevat als een beroep op een strafuitsluitingsgrond, meer in het bijzonder, als een beroep op psychische overmacht, nog steeds te gelden. Desondanks zijn er in de rechtspraak geen zaken geweest waarin een dergelijk beroep succes heeft gehad. In het navolgende van deze paragraaf bespreek ik een vijftal zaken. Uiteraard richt ik mij bij deze bespreking op de wijze waarop de rechter het betreffende gewetensbezwaar of -drang al dan niet als religieus heeft gekwalificeerd.

Eigenlijk past de rechter zowel in het *Alphense veehouder*-arrest als in het *Quaker*-arrest een subjectiverende kwalificatiewijze toe: de rechter neemt enkel op grond van de verklaring van de verdachte aan dat er sprake is van religieuze gedrevenheid. In het *Alphense veehouder*-arrest wordt zonder nadere toets op grond van de verklaring van de verdachte aangenomen dat er sprake is van een religieus gewetensbezwaar. In het *Quaker*-arrest kwalificeert de rechter het verweer van de verdachte als een beroep op psychische overmacht op grond van een religieuze gewetensdrang. Hij ging daarbij af op de volgende verklaring van de verdachte:

‘Wij, Quakers, willen hier op deze wereld opkomen voor de lijdende mensheid en ikzelf kan niet anders. Voor mij betreft het hier een soort processie of begrafenisstoet. Ik beroep mij ten deze op persoonlijke godsdienstige gedrevenheid waaraan ik geen weerstand vermag te bieden.’¹⁴

13 Zie R Emmelink 1995, p. 304, 305; Dolman 2006, p. 218; annotatie van D. Hazewinkel-Suringa bij HR 20 juni 1950, NJ 1951, 348; A.J. Machielse, ‘Commentaar art. 40 Sr, aant. 1’, in: Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Wetboek van Strafrecht* (bijgewerkt tot 2 april 2013); Vermeulen 1989, p. 283. Zie anders: Holland 1989, p. 272.

14 HR 16 januari 1968, NJ 1969, 2.

Uiteindelijk oordeelde de rechtbank dat de overtuigingen van de verdachte niet van een dermate dwingende aard waren dat ze konden gelden als een overmachtsituatie. Waarom de overtuigingen van de verdachte onvoldoende dwingend waren motiveert de rechtbank niet. De Hoge Raad onderschrijft het vonnis.

In de derde zaak uit 1987 ging het om een persoon die werd verdacht van het rijden onder invloed van alcohol (artikel 8 WVV 1994) en terecht moest staan omdat hij de zogenaamde bloedproef had geweigerd. Hij verweerde zich aldus: 'Ik ben lid van de Halleluja Pinkstergemeente, op grond daarvan mag ik geen bloed geven.' Dit beroep kon volgens de Hoge Raad niet slagen, omdat

'de verdachte zich vrijwillig en welbewust in de situatie heeft gebracht die hem voor de keus stelde een zijns inziens moreel te veroordelen daad te stellen of het strafbare feit te begaan, in welk geval een beroep op overmacht niet kan slagen.'¹⁵

De Hoge Raad ging in deze zaak verder niet in op de vraag of er sprake was van een geloofsovertuiging. Volgens de Hoge Raad was dit niet nodig aangezien de verdachte de situatie dat hij een eventuele geloofsovertuiging zou moeten loochenen aan zichzelf te wijten had (*culpa in causa*).

De vierde zaak betreft een overtreding van de Opiumwet. Een verdachte werd vervolgd voor het telen van bio-wiet. Hij voerde als verweer dat hij de Sjamanistische levensovertuiging aanhing en dat hij voor zijn geloofsbelijdenis moest beschikken over heilige planten om (kort gezegd) te kunnen reizen in droomtijd of als hulp bij de voor meditatie benodigde concentratie. De politierechter in Almelo overwoog aan de hand van de foto's in het dossier dat het lage zoldertje van de verdachte, door hem ter zitting aangeduid als een plaats waar hij zijn geloofsovertuiging in het bijzonder beleeft, zich, afgezien van de beeltenis van de godheid Shiva aan de wand, bar weinig onderscheidt van andere door de politie ontmantelde hennepplantages die in de afgelopen jaren aan het oog van de politierechter voorbij zijn gekomen. Om die reden verwierp hij het beroep van verdachte. De rechter oordeelde niet over de vraag of in de levensovertuiging van de man een grond zou zijn gelegen om de strafbaarheid van de overtreding van de Opiumwet geheel of gedeeltelijk weg te nemen, maar vond simpelweg het verhaal van de ver-

15 HR 9 juni 1987, NJ 1988, 318. Zie voor een zaak die hier heel erg op lijkt: HR 3 maart 1987, NJ 1988, 7. Het betrof hier een zigeuner die ook werd verdacht van rijden onder invloed en omwille van zijn 'zigeunergeloof' geen bloed wilde geven. Ook hier hanteerde de Hoge Raad een *culpa in causa*-constructie. Zie voor een zaak waarin een verdachte omwille van zijn geloofsovertuiging stelde geen DNA-onderzoek te kunnen ondergaan: Rb. Rotterdam 21 augustus 1995, NJ 1996, 211.

dachte niet overtuigend: naar zijn oordeel was het religieuze bezwaar van de man ongeloofwaardig zodat het niet kon gelden als strafuitsluitingsgrond.¹⁶

De vijfde zaak is het arrest van het Gerechtshof Den Haag uit 2013 met betrekking tot een orthodoxe jood die werd vervolgd wegens het op een zaterdag niet kunnen voldoen aan de wettelijke verplichting om een identiteitsbewijs te tonen. Naar eigen zeggen mocht hij om religieuze redenen tijdens de sabbat niets anders dragen dan zijn kleding. Hij stelde verder dat hij bewust zijn religieuze plicht had laten prevaleren boven de wet. Voor de rechtbank beriep de verdachte zich ten eerste op de onverbindendheid van de wettelijke verplichting om een identiteitsbewijs te moeten dragen, wegens strijd met artikel 9 EVRM. Ten tweede beriep hij zich op psychische overmacht aangezien hij niet in staat zou zijn om weerstand te bieden aan zijn aandrift om de religieuze geboden strikt na te leven. Beide verweren worden door het hof verworpen. Het hof gaat ervan uit dat het niet dragen van een identiteitsbewijs op sabbat inderdaad opgevat kan worden als een vorm van religieus belijden. Het volgt daarmee de opvatting van de verdachte en huldigt een subjectiverende kwalificatiewijze. Het toetst deze opvatting namelijk niet aan opvattingen van derden of aan een algemeen toegankelijke bron. Ten aanzien van het beroep op psychische overmacht stelt het hof dat niet bewezen is dat er sprake was van een 'zodanige van buiten komende druk, dat verdachte daaraan redelijkerwijs geen weerstand had kunnen en behoren te bieden'. Dit leidt het hof af uit de verklaringen van de verdachte tijdens zitting. Hieruit zou blijken dat de verdachte voornamelijk om praktische redenen heeft afgezien van het dragen van een identiteitsbewijs. Zo zou de verdachte er volgens het hof ook voor hebben kunnen kiezen om het identiteitsbewijs in zijn jas te naaien.¹⁷

Gesteld kan worden dat hoewel het hof het niet willen dragen op sabbat van een identiteitskaart kwalificeert als een religieuze uiting en daarmee een subjectiverende kwalificatie toepast, het om praktische redenen oordeelt dat niet is voldaan aan de voorwaarden psychische overmacht. In bovengenoemde zaak beriep de verdachte zich ten eerste op de onverbindendheid van de wettelijke plicht om een identiteitsbewijs te dragen met de godsdienstvrijheid. Ten tweede deed hij een beroep op psychische overmacht omdat hij zich vanwege zijn religieuze plicht om zijn religieuze voorschriften na te volgen gedwongen voelde de wettelijke plicht te overtreden. Op grond van artikel 350 Sv (volgorde materiële vragen) ging de rechter eerst in op het eerste verweer (of het feit strafbaar is in het licht van de godsdienstvrijheid) en vervolgens ging hij in op het tweede verweer (of de dader strafbaar is in het licht van het beroep op psychische overmacht). Ten aanzien van de kwa-

16 Gerechtshof Arnhem 9 september 2005 (niet gepubliceerd), met dank aan Sackers. Zie Van Stokkom, Sackers & Wils 2006, p. 78.

17 Gerechtshof 's-Gravenhage 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2283.

lificatie van de betreffende gedraging als religieus in het kader van de psychische overmacht betekent dit dat de rechter de kwalificatie volgt die hij eerder heeft gedaan in het kader van de vraag of het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid aan de orde is. Met andere woorden, de rechter heeft in deze zaak eerst bepaald dat er in het kader van artikel 9 EVRM sprake is van een godsdienstige gedraging en vervolgens neemt hij deze kwalificatie mee in zijn oordeel over het beroep op psychische overmacht.

Zoals gezegd wordt in de meeste gevallen waarin religie als verweer naar voren wordt gebracht de strafuitsluitingsgrond psychische overmacht aangevoerd. Een enkele keer wordt op andere strafuitsluitingsgronden een beroep gedaan. Een curieus voorbeeld hiervan is een arrest van de Hoge Raad uit 1989 waarin een beroep werd gedaan op noodweer (artikel 41 Sr).¹⁸ De verdachte had zijn slachtoffer met het leven bedreigd (artikel 285 Sr) omdat hij dacht dat zij een tovenaars was met de macht om andere mensen 'dood te bidden'. De verdachte die, naar zijn eigen uitleg, bevreesd zou zijn geweest voor magische, zwarte krachten die het slachtoffer – zijn nicht – op hem zou kunnen overbrengen door hem aan te raken, uitte de bedreiging om haar van hem weg te houden. De verdachte beriep zich op zijn recht om zijn eigen lijf te verdedigen tegen wederrechtelijke aanranding. De Hoge Raad oordeelde dat er het hof had kunnen oordelen dat er geen sprake was van een 'ogenblikkelijke wederrechtelijke aanranding' en dus ook niet van noodweer. Het hof had geoordeeld dat het gestelde 'in redelijkheid' niet zodanig bedreigend was voor de verdachte dat het beroep op artikel 41 Sr kon opgaan.

Zoals ook annotator 't Hart opmerkt is de kernvraag daarbij om wiens redelijkheid het gaat en welk redelijkheidsoordeel mag prevaleren. Het hof oordeelde dat de vermeende religieuze dreiging die de verdachte ervoer in redelijkheid niet een ernstig te noemen situatie was. Het hof vond kennelijk de situatie niet bedreigend genoeg. Waarom de situatie niet bedreigend genoeg was, zegt het hof niet. Waarschijnlijk neemt het hof het verhaal van de verdachte niet serieus.

12.4 CONCLUSIE

12.4.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Naar aanleiding van mijn analyse van de mogelijkheid dat religie een rol speelt in het kader van de strafuitsluitingsgronden concludeer ik dat in de rechtspraak is bepaald dat een religieus gewetensbezwaar of gewetensdrang door de rechter moet worden uitgelegd als een strafuitsluitingsgrond (waaronder psychische overmacht). In praktijk is een dergelijk beroep echter nooit

18 HR 18 september 1989, NJ 1990, 291, m.nt. 't Hart.

geslaagd. Toch spelen er kwalificatievragen ten aanzien van strafuitsluitingsgronden omdat er zo nu en dan vanuit religieuze gronden een beroep op wordt gedaan. In een aantal van de door mij gevonden zaken kwalificeert de rechter de religieuze gewetensdrang of het religieuze gewetensbezwaar door middel van een subjectiverende kwalificatiewijze. Hij gaat ten aanzien van de vraag of het handelen van de verdachte wordt ingegeven door godsdienst uit van de verklaring van de verdachte. In de laatst besproken zaak ging de rechter uit van een autonome kwalificatie. Verder zijn er een aantal zaken waarin de rechter een beroep op een religieus gewetensbezwaar of gewetensdrang niet als zodanig kwalificeert omdat hij het beroep niet geloofwaardig vindt of omdat er sprake was van *culpa in causa*.

12.4.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

In de door mij gevonden zaken over een beroep op een strafuitsluitingsgrond vanuit een religieus gewetensbezwaar of gewetensdrang kunnen we niet echt een consequente wijze van kwalificeren ontdekken. Op grond van deze zaken kunnen we dan ook geen verband leggen met een bepaald politiek-filosofisch ideaaltype.

13 | Het kerkgenootschap

13.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat de uitleg van de wettelijke term kerkgenootschap centraal. De wettelijke term kerkgenootschap heeft een religieuze lading. Indien organisaties als zodanig worden gekwalificeerd betekent dit dat deze organisaties een bepaalde relatie hebben met godsdienst. De vraag is wat deze relatie met godsdienst zou moeten inhouden om als kerkgenootschap te kunnen worden gekwalificeerd.

In paragraaf 13.2 geef ik een overzicht van de wijze waarop de wetgever de term kerkgenootschap in het verleden en in het heden heeft gedefinieerd. Daarbij ga ik in het bijzonder in op de typen organisaties die de wetgever hiermee voor ogen heeft gehad. Vallen alle religieuze denominaties hieronder of is het gereserveerd voor slechts traditioneel in Nederland gevestigde religies? Verder sta ik in deze paragraaf stil bij de voorwaarden die de wetgever heeft verbonden aan de definitie kerkgenootschap. In paragraaf 13.3 volgt een analyse van de wijze waarop in de nationale en EHRM jurisprudentie betekenis wordt toegekend aan de wettelijke term kerkgenootschap. Het hoofdstuk sluit ik in paragraaf 13.4 af met een conclusie.

13.2 DE DEFINITIE KERKGENOOTSCHAP IN WETGEVING

Het begrip kerkgenootschap kent een lange geschiedenis. De term kwam al voor in de Bataafse Staatsregelingen,¹ in de Grondwet van 1848² en in de Wet op kerkgenootschappen van 1853. Tot 1983 is het in de Grondwet gehandhaafd.³ Voor de wijziging van de Grondwet van 1983 werd de term kerkgenootschap voornamelijk vanuit het perspectief van de godsdienstvrijheid begrepen. Het werd opgenomen als aanduiding van de kerken van de verschillende godsdienstige ‘gezindten’ die Nederland destijds rijk was. Deze hadden alle, evenals hun leden, recht op gelijke bescherming door de staat. Met de Grondwetswijziging van 1983 zijn de kerkgenootschappen uit de Grondwet verdwenen.⁴ De vrijheid van godsdienst werd in de Grondwet van 1983

1 Art. 5 van de Staatsregeling van 1801, art. 4 van de Staatsregeling van 1805.

2 Art. 165 van de Grondwet van 1848 luidt: ‘Aan alle kerkgenootschappen in het Rijk wordt gelijke bescherming verleend.’

3 Pel 2013, p. 87.

4 Pel 2013, p. 32.

enkel geformuleerd vanuit het perspectief van het individu en het collectief, en niet meer, zoals in de Grondwet van 1972 tevens vanuit het kerkgenootschap.⁵ Het kerkgenootschap heeft in 1976 bij de invoering van boek 2 van het NBW een bijzondere status in het recht verworven. Het kreeg binnen het recht de hoedanigheid van rechtspersoon *sui generis*. Het kerkgenootschap wordt volgens artikel 2:2 lid 2 BW geregeerd door het eigen statuut (kerkord, wetboek, reglement, etc.) met alle hieraan verbonden rechten en vrijheden.⁶ Dit betekent onder andere dat de plichten die voor andere rechtspersonen gelden – opgenomen in de volgende artikelen van de eerste titel van het tweede boek, met uitzondering van artikel 5, niet gelden voor kerkgenootschappen. Voor 1976 waren voor het verkrijgen van deze bijzondere status al door de staatscommissie-Anema (1922) aanzetten gedaan maar tot daadwerkelijke wijzingen was het nooit gekomen.⁷

Hoewel het kerkgenootschap naar burgerlijk recht als rechtspersoon geldt wordt de inhoudelijke betekenis van deze rechtsfiguur in de wetsgeschiedenis niet nader gedefinieerd.⁸ Meijers, de geestelijk vader van het NBW, stelt in zijn toelichting op het Ontwerp NBW:

‘Wat een kerkgenootschap is, wordt hier evenmin als dit tot heden in onze wetgeving is geschied, nader omschreven. Het gemis van een zodanige omschrijving is nog nimmer in onze rechtspraak als een leemte gevoeld, terwijl iedere definitie noodzakelijk tot theologische disputen aanleiding moet geven.’⁹

Voor de invoering van het NBW had de staatscommissie-Anema (1922) reeds in het kader van de herziening op de Wet op de kerkgenootschappen geprobeerd een definitie van de term kerkgenootschap te geven. Dit leidde echter niet tot een eenduidige omschrijving omdat de principiële opvattingen hierover binnen de commissie te ver uiteenliepen. Zij verwees daarom voor een oordeel *in concreto* naar bestuur en rechtspraak.¹⁰ Bij de totstandkoming van artikel 2:2 BW en ook bij de aanpassing van het BW in 1992 werd aan deze benadering de voorkeur gegeven.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot de aanpassing van het BW (1992) merkte de minister op dat de verschillen tussen de religieuze stromin-

5 Art. 182 van de Grondwet van 1972 luidt: ‘Aan alle kerkgenootschappen in het Rijk wordt gelijke bescherming verleend.’ In de Memorie van Toelichting van de Grondwet van 1983 werd om verwarring te voorkomen bevestigd dat grondrechten ook gelden voor rechtspersonen, en dus ook voor kerken. *Kamerstukken II 1975/76*, nr. 3, p. 11.

6 Wet van 8 april 1976, *Stb.* 229 (Invoeringswet Boek 2 BW).

7 Anema 1922, p. 18-19.

8 Zie ook Van Kooten 2014, p. 350.

9 Meijers 1954, p. 122. Citaat afkomstig uit Pel 2013, p. 92.

10 Anema 1922, p. 14-17.

gen door de komst van immigranten en door de opgang van nieuwe religieuze bewegingen zodanig groot is dat een scherpe algemene wettelijke definitie een bijzonder netelige kwestie is. Om die reden was hij ervan overtuigd dat het beter was om wanneer er in een concreet geval twijfel bestond over de uitleg van de term, de rechter hierover te laten beslissen.¹¹ Toch stonden voor de minister een aantal kenmerken buiten kijf. Zo gaf hij in de parlementaire discussie te kennen dat de term kerkgenootschap '(...) niet gebonden is aan de christelijke kerk als zodanig'. Volgens de minister konden ook andere groeperingen hieronder vallen, zoals islamitische of Boeddhistische. Daarnaast hield de minister als inhoudelijk criterium vast aan het element van gemeenschappelijke godsverering of 'op zijn minst' gemeenschappelijke religieuze beleving of bezinning. Als dit karakteristieke element zou ontbreken zou de term kerkgenootschap wel erg vaag worden, aldus de minister.¹² Opmerkelijk in dit verband is dat in 2004 de minister van Justitie, in een brief aan de Kamer betreffende de mogelijkheid tot ontbinding van onder andere kerkgenootschappen en moskeeën in het kader van terrorismebestrijding, alleen nog maar spreekt over het element van gemeenschappelijke religieuze beleving of bezinning en niet meer over gemeenschappelijke godsverering. De minister omschrijft het kerkgenootschap als '(...) een organisatie van aangeslotenen die zich de gemeenschappelijke religieuze beleving of bezinning van deze personen op grond van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt'.¹³ Deze beschrijving veronderstelt dat de gemeenschappelijke godsverering niet meer noodzakelijk is voor het zijn van een kerkgenootschap. Religieuze beleving of bezinning is voldoende. De vraag is of er bewust is gekozen voor het weglaten van het element godsverering in de definitie. Pel meent dat dit inderdaad bewust is gedaan en dat dit past in een trend waarbij vanuit het perspectief van pluralisme ruimte wordt gecreëerd voor religieuze wereldbeelden die anders zijn dan de traditionele in Nederland gevestigde monotheïstische godsdiensten en waarbij de godsverering als element ontbreekt.¹⁴

In de literatuur is in het verleden een principiële discussie gevoerd over de betekenis van de term kerkgenootschap. Vanouds waren er twee kampen: zij die verdedigen dat deze term op basis van de geschiedenis een meer objectieve betekenis heeft en zij die aan deze term vanwege de scheiding van kerk en staat en het gelijkheidsbeginsel een meer subjectieve betekenis toe-kennen. Tot het eerste kamp behoorde bijvoorbeeld Scholten, die vond dat tot de term kerkgenootschap alleen betrekking had op de '(...) door afschei-

11 MvA II Invoeringswet, in: *Parlementaire geschiedenis NBW, Aanpassing BW* (1991), p. 118-123.

12 *Parlementaire geschiedenis NBW, Aanpassing BW* (1991), p. 142.

13 *Kamerstukken II 2003/04*, 27 925, nr. 115.

14 Vgl. Pel 2013, p. 97.

ding en splitsing in de Christelijke kerk ontstane zelfstandige kerken in Nederland' alsook de Joodse Kerkgenootschappen.¹⁵ Duynstee behoorde daarentegen tot het tweede kamp. Hij stelde dat met de Grondwetswijziging van 1848 alle godsdiensten voor de wet gelijk waren gesteld. In tegenstelling tot de Grondwet van 1848 stond in de Grondwet van 1815 namelijk de zinsnede '(...) alle godsdienstige gezindheden in het Koninkrijk bestaande'. Op basis van deze zinsnede had koning Willem I gelegenheid gezien de afgescheidenen (de huidige Gereformeerde Gemeenten zijn uit deze afscheiding voortgekomen) als niet reeds bestaande godsdienstige gezindte te vervolgen.¹⁶ Met de Grondwet van 1848 werden echter alle godsdiensten principieel gelijkgesteld, dus ook godsdiensten die ontstonden door bijvoorbeeld afscheiding. Op basis van deze gelijkstelling zou het volgens Duynstee ongerijmd zijn om de term kerkgenootschap uitsluitend te reserveren voor het joden- of christendom.¹⁷ Bovendien is de term kerkgenootschap volgens Duynstee bedoeld als een zuiver juridisch en niet als een theologisch begrip. Het recht had behoefte aan een term ter aanduiding van de entiteit kerk zonder dat hiermee de kerk van een 'godsdienstige gezindte' in het bijzonder werd beoogd.¹⁸

De handboeken over het rechtspersonenrecht van de laatste jaren wekken de indruk dat de meeste auteurs steeds meer uitgaan van een sterk subjectieve betekenis van de term kerkgenootschap.¹⁹ Zo stelde Van der Grinten in 1991 nog dat het, voor het zijn van een kerkgenootschap, wezenlijk is dat de organisatie op de verering van God is gericht.²⁰ Maeijer is in 1997 al veel minder stellig wanneer hij stelt dat het element gemeenschappelijke godsverering met behoedzaamheid mag worden verruimd tot gemeenschappelijke religieuze beleving of bezinning.²¹ Vervolgens acht Huizink in 2006 het handhaven van de eis van gemeenschappelijke godsverering (religiositeits-eis) 'tegenwoordig onjuist'²² en ten slotte spreekt Blanco Fernandez in 2012 van een 'open begripsomschrijving': godsverering is wel een typerend, maar geen essentieel element van een religieuze gemeenschap. Het gaat er volgens hem om dat de gemeenschap een religieus karakter heeft. Wat dit in de praktijk betekent is kennelijk niet van te voren te definiëren.²³ In 2017 stelt hij in lijn met zijn opvatting uit 2012 dat men het '... kerkgenootschap [zou] kun-

15 Asser-Scholten-Bregstein 1954, p. 146.

16 Zie ook 4.3.4.

17 Duynstee 1935, p. 5-8.

18 Duynstee 1935, p. 3.

19 Zie hierover ook Pel 2013, p. 96.

20 Asser-Van der Grinten 2-II, *De rechtspersoon* (1991), nr. 205.

21 Asser-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon* (1997), nr. 209 en nr. 205.

22 *Rechtspersonen. Boek 2 BW* (losbladig). Artikel 2, aant. 3 (Huizink 2006).

23 Blanco Fernandez in Asser/Rensen 2-III*, *Overige rechtspersonen* (2012), nr. 378.

nen omschrijven als een religieuze gemeenschap die zichzelf als kerkgenootschap beschouwt'.²⁴

Er zijn voor zover ik heb kunnen nagaan tegenwoordig geen auteurs te vinden die een exclusief historisch christelijk kerkbegrip onderschrijven.²⁵ Wel wordt door Oldenhuis gewaarschuwd voor een verabsolutering van het gelijkheidsbeginsel in het kader van kerkgenootschappen. In het licht van de discussie²⁶ over de staatsinvloed van Turkije op Nederlandse moskeeën door Diyanet (een Turkse organisatie die een belangrijke invloed op een aanzienlijk deel van de moskeeën in Nederland uitoefent) stelt Oldenhuis dat niet '... alle kerken (of moskeeën, JV) gelijk zijn'.²⁷ Met een verwijzing naar de *Sint Walburga*-jurisprudentie²⁸ betoogt Oldenhuis dat je moskeeën die onder de vlag van religie uitsluitend politiek bedrijven, juridisch kunt aanpakken. Oldenhuis lijkt met deze redenering te suggeren dat de rechtsorde bepaalde religieuze organisatie niet als kerkgenootschap zou moeten kwalificeren indien het eigenlijke doel van een dergelijke organisatie niet religieus van aard is. Oldenhuis geeft echter geen aanknopingspunten hoe de rechter zou moeten beoordelen of een zelfverklaarde religieuze organisatie daadwerkelijk een religieus doel nastreeft. In feite ontkent Oldenhuis niet dat de term kerkgenootschap pluriform moet worden uitgelegd en andere godsdiensten dan de christelijke zou moeten omvatten, maar waarschuwt hij voor misbruik van de rechten die verbonden zijn aan de kwalificatie als kerkgenootschap door organisaties die eigenlijk een ander dan een religieus doel nastreven.

Gesteld kan worden dat de term kerkgenootschap als aanduiding voor de rechtspersoon in het burgerlijke recht al vanaf zijn ontstaansgeschiedenis door de wetgever in belangrijke mate subjectief is gedefinieerd. De wetgever heeft bewust geen welomschreven definitie gegeven van de term kerkgenootschap en ook geen nadere criteria in de wet opgenomen waaraan de kwalificatie als kerkgenootschap dient te voldoen. Later in de tijd is de betekenis van de term kerkgenootschap sterker gesubjectiveerd. Dat blijkt uit de opmerkingen van de minister naar aanleiding van andere religieuze groepen dan christenen en joden. Deze verdere subjectivering past bij een accommodationistisch ideaaltype. Binnen dit perspectief twijfelt men aan de neutraliteit van de term kerkgenootschap en vindt men dat ook de instituties van andere religies – die geen traditionele kerkelijke structuur kennen – onder deze term moeten worden geschaard. In de lijn van dit gedachtegoed ligt ook de opvatting dat het stellen van de eis van godsverering niet als volledig neu-

24 Blanco Fernandez in Asser/Rensen 2-III*, *Overige rechtspersonen* (2017), nr. 378.

25 Pel 2013, p. 95. Pel verwijst o.a. naar: Witteveen 1984, p. 48-50, 251-255; Santing-Wubs 2002, p. 19-20; Asser-Van der Grinten 2-II, *De rechtspersoon* (1991), nr. 205.

26 Zie o.a. *Handelingen II* 2017/18, 9, item 12 (*Financiering van moskeeën*).

27 Zie 2.2.

28 'Scheiding van kerk en staat is geen formule', *Trouw* 22 november 2016.

traal moet worden beschouwd. Aanhangers van dit ideaaltype vinden dat men een minder exclusieve terminologie moet hanteren zodat ook de instituties van godsdiensten waarbij de godsverering als element ontbreekt onder de term kerkgenootschap kunnen worden gevat.

In de literatuur uit het verleden treffen we opvattingen die we kunnen associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Vanuit dat perspectief heeft de term kerkgenootschap een objectieve betekenis: het had alleen betrekking op de traditionele gevestigde godsdiensten. Later is ook in de literatuur de betekenis van godsdienst gesubjectieerd.

13.3 De kwalificatie kerkgenootschap in jurisprudentie

In het arrest *Gereformeerde Kerk Houwerzijl*²⁹ gaf de Hoge Raad voor het eerst een interpretatie van de term kerkgenootschap: 'een kerkgenootschap stelt zich de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, op grondslag van gemeenschappelijke opvattingen ten doel'. Zoals besproken in de vorige paragraaf lijkt de minister het voor de kwalificatie als kerkgenootschap minder noodzakelijk te achten dat het religieuze karakter van een gemeenschap zich openbaart in godsverering. In de rechtspraak wordt gemeenschappelijke godsverering echter, vooralsnog, als een belangrijk element van het kerkgenootschap beschouwd. Zo oordeelde de Rechtbank Groningen in 1990 in het vonnis *Boerakker* dat er sprake is van een kerkgenootschap wanneer het een organisatie betreft:

'welke zich de gemeenschappelijke godsverering van de aangeslotenen op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt en welke als zelfstandig kerkgenootschap wil gelden.'³⁰

Dezelfde formule wordt gehanteerd door het Gerechtshof Den Haag dat in 2009 ten aanzien van het Efraïm-genootschap overwoog dat dit is aan te merken als 'een organisatie van aangeslotenen, welke zich de gemeenschappelijke godsverering op grondslag van godsdienstige opvattingen ten doel stelt.'³¹

29 HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1, m.nt. Veegens (*Scheuring Gereformeerde Kerk Houwerzijl*). Hoewel de Hoge Raad het kerkgenootschap definieerde, stond in deze zaak de reikwijdte van de term kerkgenootschap niet ter discussie. Het ging in deze zaak om de vraag wanneer een deel van de gemeente zich mag afscheiden.

30 Pres. Rb. Groningen 27 juni 1990, KG 1990, 312; NJ 1991, 196 (*Gereformeerde Kerk Boerakker*).

31 Gerechtshof 's-Gravenhage 6 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL0403 (*Efraïm-genootschap*). Overigens was het eindoordeel dat er geen sprake was van een kerkgenootschap omdat het genootschap naar buiten toe onvoldoende had doen blijken dat zij een kerkgenootschap wilde zijn.

Ten slotte is ook de definitie van het Gerechtshof Arnhem in 2013 ten aanzien van een zaak met betrekking tot de organisatie 'Federatief Joods Nederland' hiermee in lijn wanneer dit hof een kerkgenootschap omschrijft als:

'(...) een organisatie van aangeslotenen die zich de gemeenschappelijke godsverering van de aangeslotenen op de grondslag van gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt en die als zelfstandig kerkgenootschap wil gelden.'³²

Ten aanzien van het element van de gemeenschappelijke godsverering is in het arrest *Satanskerk*³³ uitgemaakt dat de voorwaarde geldt dat, wil de organisatie voor de status van kerkgenootschap in aanmerking komen, het daadwerkelijk om godsdienst moet gaan. In het arrest *Satanskerk* ontbrak het aan deze voorwaarde (het ging hier om seksuele activiteiten van een seksclub) op grond waarvan het hof (en bekrachtigd door de Hoge Raad) tot het oordeel kwam dat er geen sprake was van (een zelfstandig onderdeel van) een kerkgenootschap:

'Het hof heeft uit de door de Staat overgelegde processen-verbaal van politie afgeleid dat de activiteiten van Sint Walburga zich niet onderscheiden van die van een gewone sexclub en dat noch bij de betalende bezoekers noch bij de door Sint Walburga als "zusters" aangeduide optredende vrouwen enige religieuze ervaring is waar te nemen (...).'³⁴

Voor wat betreft de logische vervolgvraag die uit deze voorwaarde volgt, namelijk wanneer er sprake is van godsdienst in de zin dat daarop de wettelijke term van kerkgenootschap van toepassing is, stelde het gerechtshof dat:

'(...) gezien de huidige multiculturele samenleving van ons land en de in artikel 6 Grondwet en diverse internationale verdragen verankerde gelijkheid van alle godsdiensten tegenover de Staat ook aan aanhangers van andere dan de christelijke en joodse godsdienst het recht toekomt zich op voormeld artikel [artikel 2:2 BW] te beroepen.'³⁵

We kunnen hieruit afleiden dat in de wetgeving en in de nationale jurisprudentie die de wetgeving uitlegt het begrip kerkgenootschap niet (meer) beperkt is tot de christelijke en joodse godsdienst, maar dat ook de instituties

32 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1166, JOR 2013/165 (*gemeente Bronkhorst v Federatief Joods Nederland*).

33 Zie ook 2.2.4.

34 HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173, m.nt. Van Veen (*Satanskerk*), r.o. 3.

35 HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173, m.nt. Van Veen (*Satanskerk*), r.o. 5.

van andere godsdiensten zich in principe hieronder kunnen scharen. Men zou kunnen stellen dat er sprake is van een verdere subjectivering van het begrip kerkgenootschap. Ook de ‘erkenning’ van de kerk van het vliegend spaghettimonster door de Kamer van Koophandel wijst op een verdere subjectivering van het begrip kerkgenootschap.³⁶

De subjectiverende trend past binnen het perspectief van het accommodationisme. In tegenstelling tot de parlementaire geschiedenis is deze subjectivering in de jurisprudentie vooralsnog niet zo sterk dat ook het element van gemeenschappelijke godsverering als een te exclusieve eis wordt opgevat. Overigens geldt dat nieuwe religieuze gemeenschappen slechts in geringe mate een beroep doen op artikel 2:2 BW.³⁷ Vanuit onbekendheid met het Nederlandse rechtssysteem of vanuit principiële bezwaren tegen de term ‘kerk’-genootschap laten veel nieuwe religieuze gemeenschappen, met name islamitische groepsverbanden, zich registreren als vereniging of stichting.³⁸

In de EHRM-jurisprudentie wordt gesproken over ‘churches and religious communities’. Beide organisatievormen kunnen in gelijke mate aanspraak maken op de godsdienstvrijheid opgenomen in artikel 9 EVRM.³⁹ Net als in de nationale jurisprudentie wordt ook in de EHRM-jurisprudentie geen theologische definitie gegeven van het begrip kerkgenootschap of religieuze gemeenschap. Een kerkgenootschap of religieuze gemeenschap is niet primair verbonden met de christelijke en joodse traditie maar kan gezien de systematiek van het recht, waarin de gelijkheid van verschillende godsdiensten is vastgelegd, ook betrekking hebben op aanhangers van andere religies. Volgens het EHRM mogen verdragsstaten in het kader van de erkenning (of oprichting) van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen niet inhoudelijk, op dogmatische gronden, bepalen wat een kerkgenootschap of een religieuze gemeenschap juridisch gezien is, maar mogen ze enkel formele (procedurele) eisen stellen.⁴⁰

Over het onderscheid tussen formele en inhoudelijke eisen zijn in het verleden wel de nodige vragen geweest omdat sommige formele eisen van

36 De Kamer van Koophandel besluit na een bezwaarprocedure dat er voor een weigering om de kerk van het vliegend spaghettimonster in te schrijven ‘onvoldoende solide civielrechtelijke basis is’. Zie ook 2.2.4 en 14.4.

37 Zie Van der Ploeg, *NTKR* 2010-4, p. 114-115; Landman 1992, p. 69.

38 Enkele bekende uitzonderingen zijn de Satanskerk, de Santo Daime kerk, de rokerskerk (zie paragraaf 14.4) en ten aanzien van het belastingrecht de Scientology-kerk en enkele andere exotische kerken (zie hoofdstuk 15 over belastingrecht). Zie hierover ook Pel 2013, p. 194.

39 Pel 2013, p. 82.

40 EHRM 26 september 1996, nr. 18748/91 (*Manoussakis v Griekenland*); EHRM 14 december 1999, nr. 38178/97 (*Serif v Griekenland*). Zie hierover Broeksteeg, *NTM/NJCM-Bulletin* 2014/33. Zie ook: Venice Commission (adviescommissie van de Raad van Europa) 2014, par. 26. Zie ook Van Kooten 2014.

zodanige aard waren dat ze een drempel opwierpen voor nog niet-erkende kerkgenootschappen of religieuze gemeenschappen. Het EHRM bepaalde daarom dat dergelijke eisen niet discriminatoir van aard mogen zijn en bovendien moeten zijn gebaseerd op 'objectieve en redelijke' gronden.⁴¹ Volgens het EHRM vallen eisen met betrekking tot het aantal oprichters, de nationaliteit van de leden, de hiërarchische relatie van het kerkgenootschap met buitenlandse kerkgenootschappen⁴² en de noodzaak van een langdurige verbondenheid met de regio,⁴³ hier niet onder.⁴⁴ In *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e.a. v Hongarije* overweegt het EHRM dat definities van godsdiensten in het kader van de erkenning van een kerkgenootschap:

'(...) have direct repercussions on the individual's exercise of the right to freedom of religion, and are capable of restricting the latter if the individual's activity is not recognised as a religious one. According to the position of the United Nations Human Rights Committee, such definitions cannot be construed to the detriment of non-traditional forms of religion – a view which the Court shares.'⁴⁵

Uit deze overweging van het EHRM blijkt dat het EHRM vindt dat ook de aanhangers van niet-traditionele godsdiensten de mogelijkheid moeten kunnen hebben om door de staat als kerkgenootschap of religieuze gemeenschap te worden erkend.⁴⁶ We kunnen de benadering van het EHRM op grond van bovenstaande overweging begrijpen als een subjectiverende wijze van kwalificeren die past binnen een accommodationistisch perspectief. Het EHRM schept ruimte voor aanhangers van verschillende godsdiensten – waaronder niet-traditionele – om een kerk of religieuze gemeenschap op te richten.⁴⁷

41 EHRM 31 juli 2008, nr. 40825/98 (*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehova's v Austria*).

42 EHRM 5 oktober 2006, nr. 72881/01 (*Moscow Branch of the Salvation Army v Russia*).

43 EHRM 1 oktober 2009, nr. 76836/01 en 32782/03 (*Kimlya v Rusland*).

44 Zie in dit verband ook EHRM 22 november 2010, nr. 302/02 (*Jehovah's Witnesses of Moscow v Russia*).

45 EHRM 8 april 2014, nr. 70945/11, *NTM/NJCM-Bulletin* 2014/33, par. 90.

46 Om op grond van die erkenning in aanmerking te komen voor de bestaande privileges en (voor)rechten, etc.

47 Zie ook: Venice Commission 2014, par. 2. De commissie stelt over het definiëren van de godsdienst of levensovertuigingen van 'religious or belief communities door de staat': 'The terms "religion" and "belief" are to be broadly construed. A starting point for defining the application of freedom of religion or belief must be the self-definition of religion or belief, though of course the authorities have a certain competence to apply some objective, formal criteria to determine if indeed these terms are applicable to the specific case. There is a great diversity of religions and beliefs. The freedom of religion or belief is therefore not limited in its application to traditional religions and beliefs or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those

Tegelijkertijd creëert de mogelijkheid die staten hebben om formele eisen op te stellen wel een objectief kader waardoor tot op zekere hoogte een objectiverende wijze van kwalificeren mogelijk is. Zoals blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM kunnen deze op het oog formele eisen soms misbruikt worden vanuit, godsdienstig beschouwd, niet neutrale overwegingen. Overigens kan men in de definitie van het kerkgenootschap zoals die wordt gehanteerd in de nationale jurisprudentie ook formele eisen ontwaren: er moet sprake zijn van gemeenschap en gemeenschappelijke opvattingen etc., die het begrip kerkgenootschap in een bepaalde mate een objectief karakter geven. Deze formele eisen hebben echter geen betrekking op de inhoud van de godsdienst. Ten aanzien van de in de nationale jurisprudentie gehanteerde eis dat er sprake moet zijn van gemeenschappelijke godsverering kan men zich afvragen of deze de toets van het EHRM zal doorstaan. Niet-traditionele godsdiensten worden immers niet altijd gekenmerkt door gemeenschappelijke godsverering. In dat opzicht zou het EHRM weleens een nog subjectiever begrip van kerkgenootschap kunnen hebben dan de nationale rechter.

13.4 CONCLUSIE

13.4.1 *Wat is het juridische begrip van godsdienst?*

Naast de duiding in privaatrechtelijke zin, namelijk als rechtspersoon, worden door de wetgever bijzonder weinig handvatten gegeven om aan de term kerkgenootschap in concrete situaties toepassing te geven. De wetsgeschiedenis maakt inzichtelijk dat de wetgever bewust nooit een inhoudelijke definitie heeft gegeven van het kerkgenootschap. Een dergelijke definitie zou maar leiden tot theologische disputen en zou bovendien in strijd komen met het gelijkheidsbeginsel. Bovendien waren er in het verleden slechts enkele algemeen erkende kerkgenootschappen en gaf het ontbreken van een definitie geen problemen.

In de jurisprudentie werd het kerkgenootschap in 1947 omschreven als een organisatie die zich de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, op grondslag van gemeenschappelijke opvattingen ten doel stelt. Deze omschrijving wordt nog steeds gehandhaafd. In deze interpretatie liggen een aantal objectieve eisen vevat. Het moet gaan om: 1. een organisatie, 2. er moet sprake zijn van een gemeenschappelijke godsverering, 3. de organisatie moet een grondslag hebben van gemeenschappelijke opvattingen. Later is

traditional views. The freedom of religion or belief protects theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief.'

daar als vierde eis bijgekomen dat de organisatie ook zelf als kerkgenootschap wil gelden.

In het arrest *Satanskerk* (1986) overwoog de rechter voor het eerst dat gezien de huidige multiculturele samenleving in beginsel ook andere dan christelijke en joodse organisaties konden worden gekwalificeerd als kerkgenootschap. Dit uitgangspunt komen we halverwege de jaren negentig van de vorige eeuw ook tegen in EHRM-jurisprudentie. Bij de aanpassing van het NBW in 1991 lijkt ook de wetgever expliciet een ruimer begrip van kerkgenootschap te omarmen. Zo stelde de minister dat onder de term kerkgenootschap ook andere groeperingen konden vallen zoals islamitische of boeddhistische.

In de jurisprudentie van het EHRM wordt gesteld dat verdragsstaten niet op inhoudelijke, dogmatische gronden mogen bepalen wat een kerkgenootschap of religieuze gemeenschap is. Wel mogen verdragsstaten formele of procedurele eisen stellen. Het is de vraag of de eis van 'gemeenschappelijke godsverering' zoals die wordt gehanteerd in de nationale jurisprudentie in het licht van de jurisprudentie van het EHRM kan worden gezien als een formele of procedurele eis. De woorden 'gemeenschappelijke godsverering' lijken toch een vrij exclusieve lading te hebben die vooral kan worden geassocieerd met de traditionele monotheïstische godsdiensten.

In de literatuur spreekt men ten aanzien van over de religiositeitseis. In tegenstelling tot de jurisprudentie is men in de literatuur al tot de slotsom gekomen dat de eis van 'gemeenschappelijke godsverering' (religiositeitseis) kan worden afgezwakt. Men vindt dat het voldoende is wanneer de gemeenschap een religieus karakter heeft. Wat dit concreet betekent, blijft onbepaald. Ook de (mede)wetgever lijkt niet per se te willen vast houden aan 'gemeenschappelijke godsverering'. De minister had het in 2004, in een brief aan de Kamer betreffende de mogelijkheid tot ontbinding van onder andere kerkgenootschappen en moskeeën in het kader van terrorismebestrijding, over de eis van 'gemeenschappelijke religieuze beleving of bezinning' in plaats van 'gemeenschappelijke godsverering'. We kunnen concluderen dat de religiositeitseis in toenemende mate een open karakter krijgt. Dit past in een subjectiverende trend waarbij ruimte wordt geboden aan een pluraliteit van godsdiensten, religieuze bewegingen etc.

Gezien de jurisprudentie, wetsgeschiedenis en literatuur kunnen we concluderen dat het begrip kerkgenootschap steeds verder is gesubjectiveerd. Aanvankelijk is men de definiëring van het kerkgenootschap uit de weg gegaan voornamelijk vanwege de uiteenlopende theologische visies tussen de katholieke en protestantse denominaties, later werd de moeilijkheid om een definitie te geven voor het kerkgenootschap versterkt door de komst van (religieuze) migranten, de opkomst van religieuze bewegingen en de opwaardering van het gelijkheidsbeginsel.

13.4.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De ruime definitie van de term kerkgenootschap is in het verleden vooral gemotiveerd vanuit de gedachte dat men hiermee theologische geschillen tussen de traditionele, in het land gevestigde (protestantse en katholieke) denominaties kon vermijden. Naarmate de samenleving meer multicultureel van aard werd, werd de noodzaak om een open definitie van het begrip kerkgenootschap te hanteren groter. In principe kunnen alle godsdiensten een kerkgenootschap vormen, ook die waarbij het begrip kerk wezensvreemd is. Deze benadering is accommodationistisch van aard. Zij houdt principieel de deur open voor een pluraliteit aan godsdiensten. Deze benadering komt nog eens extra naar voren ten aanzien van de ontwikkeling van de eis dat een kerkgenootschap moet doen aan godsverering (religiositeitseis). In wetgeving en literatuur legt men deze eis steeds losser uit en stelt men dat het voldoende is wanneer de gemeenschap een religieus karakter heeft. Met deze uitleg schept men (juridische) ruimte voor religies, religieuze en levensbeschouwelijke bewegingen waarbij de godsverering niet of minder prominent aan de orde is.

14 | Inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap

14.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk richt zich op het statuut van het kerkgenootschap en de vrijheid die hiermee verbonden is.¹ Het kerkgenootschap wordt volgens artikel 2:2 BW namelijk ‘geregeerd door het eigen statuut’. In tegenstelling tot ‘gewone’ rechtspersonen mogen kerkgenootschappen zich in belangrijke mate zelf reguleren en hoeven ze zich, op een enkele uitzondering na, niet te conformeren aan de civielrechtelijke regels van boek 2 BW. Zo hoeven ze bijvoorbeeld niet zoals als een ‘gewone’ stichting opgericht te worden door middel van een notariële akte. Vanwege deze zelfregulering hebben ze ook tot op zekere hoogte de bevoegdheid om in het kader van hun inrichting en organisatie zelf te bepalen wat telt als godsdienst(ig).

In paragraaf 14.2 ga ik in op de ontstaansgeschiedenis van deze ‘inrichtingsvrijheid’ en sta ik stil bij de vraag waarom kerkgenootschappen een bepaalde mate van autonomie genieten. Ook bespreek ik de inrichtingsvrijheid in de jurisprudentie van het EHRM: de inrichtings- en organisatievrijheid van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen.

Een consequentie van de autonomie van kerkgenootschappen is dat zij ook ‘zelfstandige onderdelen’ kunnen stichten. Artikel 2:2 BW kent ook rechtspersoonlijkheid en vrijheid toe aan deze ‘zelfstandige onderdelen’ van kerkgenootschappen.² Grofweg kan men stellen dat zelfstandige onderdelen van een kerkgenootschap kleinere organisatorische eenheden zijn die vallen onder de paraplu van het kerkgenootschap. Voorbeelden van zelfstandige onderdelen zijn de bisdommen, parochies en kloosterorden van de Rooms-Katholieke Kerk en de gemeenten van de Protestantse Kerk in Nederland.³ In het kader van dit onderzoek is het relevant wat de relatie is van deze zelfstandige onderdelen met godsdienst (paragraaf 14.3).

1 Zie over de bandbreedte van de vrijheid van kerkgenootschappen: Oldenhuis 2015, p. 30-40.

2 Ook aan de ‘openbare lichamen’ waarin die kerkgenootschappen verenigd zijn. Een openbaar lichaam is een organisatie waarbinnen verschillende kerkgenootschappen zijn verenigd. Een voorbeeld van een lichaam is de classis van gemeenten van de Protestantse Kerk in Nederland. Aangezien het kwalificatievraagstuk zich niet voordoet naar aanleiding van openbare lichamen laat ik deze verder buiten beschouwing.

3 M.J. Kroeze in SDU-commentaar, *Burgerlijk wetboek, Boek 2, artikel 2* (c kernproblematiek) (bijgewerkt tot 1-10-2010, geraadpleegd 1-8-2014).

De kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienst(ig) op basis van de inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen komt aan bod in paragraaf 14.4. Ter afsluiting volgt in paragraaf 14.5 een conclusie.

14.2 ONTSTAANSGESCHIEDENIS EN LEGITIMATIE KERKELIJKE AUTONOMIE

Zoals reeds aangestipt, wordt het kerkgenootschap in de literatuur getypeerd als een rechtspersoon *sui generis*. Het kerkgenootschap als rechtspersoon is 'eigen in zijn soort'. Deze bijzondere status is het gevolg van een eeuwenlange ontwikkeling waarbij de invloed van de staat op de kerk steeds meer afnam en kerken als dragers van de godsdienstvrijheid werden gezien en hun omwille van deze godsdienstvrijheid steeds meer autonomie werd toegekend om godsdienstige kwesties 'in eigen boezem' te regelen. Deze ontwikkeling bracht de gedachte voort dat de autonomie van kerkgenootschappen gegarandeerd moest worden in de rechtsfiguur van de eigen rechtspersoon. Met de inwerkingtreding van boek 2 NBW in 1976 werd deze gedachte een feit. Het kerkgenootschap werd in artikel 2:2 BW lid 1 rechtspersoonlijkheid toegekend en in lid 2 werd de belangrijke bepaling opgenomen dat het kerkgenootschap wordt geregeerd door het eigen statuut (artikel 2:2 BW).⁴

De *sui generis*-status van het kerkgenootschap vindt zijn grondslag in de godsdienst. We kunnen dit duidelijk opmaken uit de 'voorganger' van artikel 2:2 BW: artikel 1 van de Wet op de kerkgenootschappen van 1853. Artikel 1 van deze wet luidde: 'Aan alle kerkgenootschappen is en blijft de volkomen vrijheid verzekerd alles, wat hunne godsdienst en de uitoefening daarvan in hunnen eigen boezem betreft te regelen (...).' De bewoordingen van deze wet laten goed zien dat de vrijheid van kerkgenootschappen primair betrekking heeft op de godsdienst en de uitoefening daarvan. Deze relatie komt minder sterk naar voren in het in 1976 ingevoerde artikel 2:2 lid 2 BW. Dat bepaalt: 'Zij (kerkgenootschappen, JV) worden geregeerd door hun eigen statuut.' Niettemin is de inrichtingsvrijheid die kerkgenootschappen hebben op grond van artikel 2:2 BW geënt op de vrijheid van kerkgenootschappen zoals die tot 1988 was opgenomen in de Wet op de kerkgenootschappen.⁵

Het statuut als autonome rechtsbron, in de vorm van kerkrecht of canoniek recht, is een rechtstreekse uitdrukking van de godsdienst van het genootschap. Doordat het statuut is gebaseerd op godsdienst en de uitoefening daarvan is het voor de staat moeilijk om de reikwijdte van het statuut te bepalen. De staat mag immers vanwege het beginsel van de scheiding tussen kerk en staat geen theologische bronnen interpreteren om zodoende de reik-

4 Santing-Wubs 2002, p. 17.

5 *Parlementaire geschiedenis NBW boek 2* (1962), p. 84.

wijdte van het statuut en daarmee de omvang van de kerkelijke autonomie vast te stellen. Daarom is niet in de wet of in de wetsgeschiedenis terug te vinden wat het toepassingsbereik is van het statuut.⁶ De wetgever heeft geen eisen gesteld aan de structuur en inrichting van de kerkgenootschappen.⁷ In het kader van de Aanpassingswet (1992) werd in dit verband door de minister van Justitie opgemerkt:

‘(...) De achtergrond van artikel 2 boek 2 is het in ons recht aanvaarde beginsel van de scheiding tussen Kerk en Staat. Dit brengt onder meer mee dat “het bestuur en de inrichting” van kerkgenootschappen niet door het publiek- of privaatrecht wordt beheerst, doch door het eigen kerkrecht.’⁸

De autonomie van kerkgenootschappen kan men ten dele met het liberale beginsel van scheiding tussen kerk en staat legitimeren. De Grondwet van 1848 drong de invloed van de staat op de kerk sterk terug.⁹ Dit leidde onder andere tot de sluiting van de departementen¹⁰ voor de erediensten van de verschillende kerkelijke gezindten en maakte een einde aan de reglementen van de koning die zagen op de inrichting en organisatie van de kerkgenootschappen.¹¹ Het gevolg was dat niet alleen het protestantse maar ook het katholieke volksdeel zich zelfstandiger kon gaan organiseren.¹² We kunnen stellen dat het liberale gedachtegoed aan de basis heeft gestaan van de zelforganisatie van de kerkgenootschappen. Het liberale gedachtegoed rechtvaardigt immers de opvatting dat recht en godsdienst twee afzonderlijke domeinen zijn en dat de staat zich niet moet mengen in godsdienstige aangelegenheden. Het liberale gedachtegoed rechtvaardigt echter niet dat een kerkgenootschap een geheel eigensoortig rechtspersoon is en in tegenstelling tot andere rechtspersonen tot op zekere hoogte zelfregulerend is. We kunnen in dit verband erop wijzen dat liberalen als Thorbecke juist vonden dat de organisatie en inrichting van kerkgenootschappen net als andere verenigingen door het verenigingsrecht zou moeten worden geregeld.¹³ Zo was Thorbecke er voorstander van dat de positie van kerkgenootschappen werd geregeld in de Wet

6 Blanco Fernandez, *RMThemis* 2005, p. 64.

7 Pel 2013, p. 160.

8 MvA II Invoeringswet, in: *Parlementaire geschiedenis NBW aanpassing BW* (1991), p. 120.

9 Schokking 1894, 155.

10 Bestuurslaag op centraal niveau die was te vergelijken met een ministerie.

11 Uiteindelijk hielden deze departementen pas in 1873 definitief op te bestaan. We kunnen stellen dat met de grondwet van 1848 de bestaansreden van deze departementen kwam te vervallen wat uiteindelijk leidde tot het opheffen ervan. Zie ook Steenvoorde & Hirsch Ballin 2013, p. 332-333.

12 Aalders 1998, p. 15.

13 Pel 2013, p. 23, 112.

vereniging en vergadering van 1855 en niet in de Wet op de kerkgenootschappen van 1853.¹⁴

Uit de wetsgeschiedenis en literatuur valt niet zonder meer af te leiden wat de legitimatie van de inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen is geweest.¹⁵ Er lijkt echter veel voor te zeggen dat deze vrijheid is ingestoken vanuit destijds invloedrijke christelijke opvattingen over de kerk als organisatie die enkel aan God verantwoording verschuldigd is en niet aan de staat. Zo had Groen van Prinsterer (1801-1876), die de fundamenteën zou leggen voor de latere Anti Revolutionaire Partij, als Kamerlid bij de regering erop aangedrongen dat de woorden van artikel 1 van de Wet op de kerkgenootschappen zo werden gekozen dat hieruit duidelijk werd dat kerkgenootschappen het recht op vrijheid *hebben* en niet dat er sprake was van het *verlenen* van dit recht door de overheid. Volgens Groen van Prinsterer stond '(...) de volkomen vrijheid der kerkgenootschappen hoger dan de Grondwet en kon deze vrijheid van geen verandering der Grondwet afhankelijk worden gemaakt'.¹⁶ In deze opvatting schemert een theologische visie op de kerk door als een instituut dat voor zijn bevoegdheid niet afhankelijk is van de staat maar deze bevoegdheid direct geniet op grond van de waarheid van het christelijke geloof.¹⁷ Deze opvatting van Groen van Prinsterer zal ook de katholieke Kamerleden hebben aangesproken. Zij is immers in lijn met de destijds officiële katholieke leer van de 'societas perfecta': de kerk als soevereine publieke instelling binnen de samenleving met eigen rechtsmacht.¹⁸ We kunnen deze christelijke opvattingen over de vrijheid van de kerk plaatsen binnen een communautaristisch perspectief. Een perspectief dat ervan uitgaat dat een religieuze gemeenschap binnen de samenleving in belangrijke mate zelfregulerend moet kunnen optreden.

In de wetsgeschiedenis van artikel 2:2 BW wordt de autonomie van kerkgenootschappen eigenlijk niet ter discussie gesteld. Meerdere Kamerleden brengen naar voren dat kerkgenootschappen vanwege hun bijzondere doel, namelijk godsdienstoefening, niet met gewone verenigingen op één lijn

14 Asser was ook van mening dat het kerkgenootschap net als andere rechtspersonen volledig beheerst moeten worden door het rechtspersonenrecht. Zie Van Lennep 1909, p. 114.

15 Zie ook Pel 2013, p. 144.

16 Aalders 1998.

17 Zie Van Deursen 1998.

18 Zie bijvoorbeeld: Nr. 32 van *Praeclara gratulationis* van Leo XIII (20 juni 1894): 'De kerk immers is krachtens den uitdrukkelijken wil van God haar Stichter een in haar orde volmaakte maatschappij. (...) En wijl de Kerk, zooals wij zeiden een volmaakte maatschappij is, (...) om diezelfde reden bezit zij van nature de macht om wetten te geven, en in de uitoefening van die macht is zij rechtens van niemand afhankelijk. Eveneens moet zij vrij zijn in alle andere zaken, die onder haar rechtsbevoegdheid vallen.' Zie ook: Duijnste 1913, p. 28-30.

kunnen worden gesteld en daarom recht hebben op een bepaalde mate van zelfregulering. Dit uitgangspunt blijft in het parlement onweersproken.¹⁹ Kennelijk was het in de jaren zestig van de vorige eeuw nog vanzelfsprekend dat het geloof in God voor een instelling als het kerkgenootschap een eigen vrijheid met zich bracht. Mogelijk komt dit doordat destijds de overgrote bevolking van Nederland christelijk was en het bijzondere karakter van godsdienst over het algemeen als vanzelfsprekendheid werd ervaren. Over deze legitimatie wordt in ieder geval niet gedebatteerd. Men aanvaardt dat de godsdienst en de uitoefening daarvan de zelfregulering van kerkgenootschappen rechtvaardigt.²⁰

Het EHRM spreekt in het kader van artikel 9 EVRM over de inrichtings- en organisatievrijheid van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen. Deze lijkt de nationale inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen op grond van artikel 2:2 BW te overvleugelen. In zijn algemeenheid heeft de inrichtingsvrijheid betrekking op alle georganiseerde verbanden van religieuze of levensbeschouwelijke collectieven, ook op die verbanden waarbij een kerkelijk statuut ontbreekt.²¹ De betekenis van de inrichtingsvrijheid van religieuze gemeenschappen is in belangrijke mate verwoord in het standaardarrest *Hasan & Chaush*. Daarin stond de vraag centraal of het door de staat (Bulgarije) afzetten en vervangen van een moslimleider binnen een moslimgemeenschap een inbreuk vormde op de inrichtings- en organisatie vrijheid.²²

Volgens het EHRM genieten kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen inrichtingsvrijheid omdat hun organisatiestructuren gebonden zijn aan regels die volgens de aanhangers een religieuze oorsprong hebben:

‘The Court recalls that religious communities traditionally and universally exist in the form of organised structures. They abide by rules which are often seen by followers as being of a divine origin.’²³

Vanwege deze (veronderstelde) goddelijke oorsprong moet volgens het EHRM artikel 9 EVRM gelezen worden in het licht van artikel 11 (vrijheid van vereniging) EVRM:

‘Where the organisation of the religious community is at issue, Article 9 of the Convention must be interpreted in the light of Article 11, which safe-

19 *Parlementaire geschiedenis NBW boek 2* (1962), p. 77.

20 Zie ook Pel 2013, p. 160.

21 Zie ECRM 19 maart 1981, nr. 8118/77 D&R 25 (1981), p. 105 (*Omkarananda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*). Het ging hier niet om een kerkgenootschap (‘church body’) maar om een ‘association with religious and philosophical objects’.

22 EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan & Chaush v Bulgaria*).

23 EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan & Chaush v Bulgaria*), par. 62.

guards associative life against unjustified State interference. Seen in this perspective, the believers' right to freedom of religion encompasses the expectation that the community will be allowed to function peacefully, free from arbitrary State intervention.'²⁴

Gesteld kan worden dat het EHRM vindt dat beperkingen op de organisatie en inrichting van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen slechts toelaatbaar zijn indien deze plaatsvinden conform artikel 9 lid 2 EVRM. Deze overweging impliceert dat uitingen en gedragingen die betrekking hebben op de organisatie en inrichting van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen *zelf* begrepen moeten worden als religieuze uitingen of gedragingen of op zijn minst als uitingen of gedragingen die van godsdienst zijn afgeleid.

14.3 DE RELATIE VAN HET 'ZELFSTANDIG ONDERDEEL' MET GODSDIENST

In artikel 2:2 BW wordt niet alleen aan kerkgenootschappen rechtspersoonlijkheid en inrichtingsvrijheid toegekend maar ook aan de 'zelfstandige onderdelen' daarvan. Aan de kwalificatie als zelfstandig onderdeel zijn enkele algemene regels verbonden. Ten eerste dat uit het statuut van het kerkgenootschap moet blijken dat de instelling een zelfstandig onderdeel is.²⁵ Daarover moet worden opgemerkt dat een kerkgenootschap niet door middel van zijn statuut eenzijdig een andere organisatie die zichzelf als kerkgenootschap beschouwt als zelfstandig onderdeel kan aanmerken.²⁶ Ten tweede dat een instelling niet tegen de wil van een kerkgenootschap zichzelf tot zelfstandig onderdeel kan verklaren.²⁷ Een instelling kan niet eenzijdig bepalen dat zij zelfstandig onderdeel is. Ten derde dat een zelfstandig onderdeel de zelfstandigheid mist om zich op eigen initiatief los te maken van het kerkgenootschap. Zo oordeelde de Rechtbank Utrecht in verband met de eenwording van de NH-Kerk in de PKN dat een plaatselijke gemeente, als zelfstandig

24 EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan & Chaush v Bulgaria*), par. 62.

25 Zie Rb. Amsterdam 28 augustus, ECLI:NL:RBAMS:2013:5429; JOR 2013/305, m.nt. T. van Kooten; Gerechtshof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3572 (*Bisdom Haarlem v Stichting Het Roomsche Catholiek Maagdenhuis c.s.*).

26 Blanco Fernandez in Asser/Rensen 2-III*, *Overige rechtspersonen* (2017), nr. 380.

27 HR 30 oktober 1987, NJ 1988/392 (*Stichting St. Laurens Ziekenhuis*). In dit arrest maakte het R-K Kerkgenootschap op grond van zijn statuut kenbaar een ziekenhuis niet als een zelfstandig onderdeel te beschouwen. De Hoge Raad bekrachtigde in zijn arrest het oordeel van het gerechtshof dat overwoog: 'Niet is immers gebleken dat de stichting als een – m zelfstandig – onderdeel van dat kerkgenootschap is opgericht of bij haar oprichting als zodanig is erkend op de wijze als voorzien in art. VII Reglement voor het Rooms-Katholiek Kerkgenootschap in Nederland.'

onderdeel van de PKN, niet de vrijheid heeft om te besluiten niet toe te treden tot de PKN.²⁸

Behalve de bovenstaande regels wordt ook wel als regel gezien dat een zelfstandig onderdeel een religieus karakter moet hebben. In het vervolg van deze paragraaf staat de relatie van het zelfstandig onderdeel met godsdienst centraal. Begin jaren tachtig bepleitte Oldenhuis dat alleen instellingen als zelfstandige onderdelen kunnen worden aangemerkt die daadwerkelijk godsdienst uitoefenen, dat wil zeggen instellingen die rechtstreeks op de eredienst en geloof betrekking hebben, dan wel onmiddellijk bij de uitoefening betrokken zijn. Instellingen met een bedrijfsmatig karakter, zoals een bierbrouwerij, en instellingen op het gebied van maatschappelijk zorg, zoals een bejaardenhuis, een school of een museum kunnen volgens Oldenhuis niet hieronder vallen.²⁹ De rechtsvorm 'zelfstandig onderdeel' zou gereserveerd moeten blijven voor bisdommen, dekenaten, parochies, seminaries, in Nederland gevestigde kloosterordes, opleidingscentra voor zending of missie, enz.³⁰ Deze uitleg vindt steun in de toelichting van E.M. Meijers op het NBW:

'(...) Slechts dan kan van een zelfstandig onderdeel, dat zonder meer evenals het kerkgenootschap eigen rechtspersoonlijkheid bezit, worden gesproken wanneer dit onderdeel een religieus karakter heeft; het moet een onderdeel van het kerkgenootschap zijn, niet een met het kerkgenootschap samenhangende vereniging of stichting, als een op bepaalde religieuze grondslag staande toneelvereniging of een stichting van jeugdzorg.'³¹

In een in 1988 verschenen artikel nuanceert Oldenhuis echter zijn eerder ingenomen standpunt. Charitatieve instellingen kunnen volgens Oldenhuis bij nader inzien toch wel door een kerkgenootschap overeenkomstig hun godsdienstige grondslag worden aangewezen als zelfstandige onderdelen. Wat betreft bedrijfsmatige of commerciële instellingen blijft Oldenhuis bij zijn opvatting dat deze niet kunnen worden aangemerkt als zelfstandige onderdelen.³² Verwijzend naar dit artikel van Oldenhuis wordt dit standpunt in de achtste druk van het Asser-commentaar van 1997 overgenomen.³³ A.P.H. Meijers stelt echter voorop dat noch het BW noch enig andere wet een criterium formuleert met het oog op het religieus of kerkelijk karakter van de zelfstandige onderdelen en betoogt vervolgens op grond van de inrichtings-

28 Rb. Utrecht 12 maart 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6352, JRV 2008, 507.

29 Oldenhuis, WPNR 5486 (1979), p. 455.

30 Huizink 2014.

31 Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek, tekst, eerste gedeelte, boek 1-4, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en Uitgeversbedrijf, 1954, p. 81.

32 Oldenhuis, WPNR 5865 (1988) p. 156.

33 Meijers, NTKR 2010-4, p. 60. Het betreft hier Asser/Maeijer 1997 (2-II), p. 261.

vrijheid en de scheiding van kerk en staat dat de rechter en de rechtsleer zich niet dienen uit te spreken over het religieuze karakter van de zelfstandige onderdelen. Volgens A.P.H. Meijers moet de rechterlijke toetsing zich beperken tot de toetsing van het rechtspersoonlijk karakter van de zelfstandige onderdelen en de statutaire band met het kerkgenootschap.³⁴ In navolging van A.P.H. Meijers, acht Blanco Fernandez, in het Asser-commentaar van 2012, het niet noodzakelijk dat een instelling een religieus karakter heeft om als zelfstandig onderdeel te kunnen gelden. Hij stelt dat de religiositeit niet geldt voor het zelfstandig onderdeel maar voor het kerkgenootschap. Volgens Blanco Fernandez spreekt E.M. Meijers in zijn toelichting weliswaar over het religieuze karakter van het zelfstandige onderdeel, maar zou E.M. Meijers hiermee vooral bedoelen dat het zelfstandige onderdeel deel uit moet maken van het kerkgenootschap. Het onderdeel ontleent zijn bestaansreden aan zijn participatie aan het kerkgenootschap. Bepalend is volgens Blanco Fernandez niet of het zelfstandig onderdeel een religieus karakter heeft, maar of het kerkgenootschap waarvan het zelfstandig onderdeel uitmaakt dat karakter heeft.³⁵

Ook in de rechtspraak is de vraag naar het religieuze karakter van zelfstandige onderdelen meermaals aan bod geweest. Bijvoorbeeld in het *Sint Walburga*-arrest. Daarin kwam de kwestie aan de orde of het Sint Walburga-Klooster als zelfstandig onderdeel van de Kerk van Satan moest worden beschouwd. Bij de beantwoording van deze vraag verwierp het hof de opvatting van de President van de Rechtbank Den Haag

‘(...) dat als zelfstandig onderdeel van een kerkgenootschap alleen die lichamen in aanmerking komen, waarin activiteiten met een uitsluitend, althans nagenoeg uitsluitend religieus karakter plaatsvinden’.

Het Hof Den Haag stelt daarentegen dat:

‘(...) het van algemene bekendheid is dat tal van rooms-katholieke kloosterorden op commerciële wijze het boerenbedrijf en andere economische activiteiten uitoefenen en dat dit ook in de protestantse wereld voorkomt’.

³⁴ Meijers, *NTKR* 2010-4, p. 69.

³⁵ Blanco Fernandez in Asser/Rensen 2-III*, *Overige rechtspersonen* (2017), nr. 380. Ook Huizink en Pel vinden dat de religiositeit niet geldt voor zelfstandige onderdelen. Zie: Huizink 2014; Pel 2013, p. 129.

Daarnaast wijst het hof erop dat de kerk vanouds instellingen zoals scholen, bejaardentehuizen, ziekenhuizen etc. als zelfstandig onderdeel aanmerkt en dat de rechtsgeldigheid hiervan nooit is aangevochten.³⁶

In andere meer recentere uitspraken vinden we eenzelfde soort benadering en wordt de religieuze aard van een organisatie niet als eis gesteld voor de kwalificatie als zelfstandig onderdeel.³⁷ Een enkele keer blijkt het niet-religieuze karakter van een instelling echter toch reden om een instelling niet als zelfstandig onderdeel te kwalificeren. Zo oordeelde de CGB in 2002 dat een door het R-K kerkgenootschap als zelfstandig onderdeel aangemerkt pensioenfonds, vanwege zijn niet-religieuze karakter, niet als zelfstandig onderdeel kon gelden. Het ging in deze zaak om een pensioenfonds dat in zijn pensioenreglement verzekerden uitsloot van bepaalde pensioenrechten indien er sprake was van een samenlevingsvorm die indruiste tegen de kerkelijke normen. Het betrof *in concreto* een geregistreerd partnerschap van een pastoraal werker terwijl de R-K kerk enkel het kerkelijk huwelijk erkende. Het pensioenfonds stelde gerechtigd te zijn de toekenning van pensioenrechten in te trekken indien bleek dat pensioengerechtigden in de visie van de kerk in zonde leven. Het beriep zich daarbij op artikel 3, aanhef en onderdeel a, AWGB waarin staat dat de AWGB niet van toepassing is op de rechtsverhoudingen binnen een kerkgenootschap. Volgens de kerk zou het afdwingen van rechtsgevolgen bij samenwonenconstructies van priesters, diakens en pastoraal werkers die in strijd zijn met de leer en de voorschriften van de kerk, de vrijheid van godsdienst in haar kern treffen. De CGB stelde echter dat artikel 3 AWGB niet van toepassing was omdat het in deze zaak niet ging om een rechtsverhouding binnen een kerkgenootschap. Op grond van dit uitgangspunt kwam het tot het oordeel dat er sprake is van verboden onderscheid op grond van de burgerlijke staat (tussen gehuwden en geregistreerden). De CGB komt tot haar oordeel op grond van de constatering dat het doel van het pensioenfonds 'het voor de deelnemers alsmede hun rechtverkrijgenden verzekeren van in de reglementen omschreven pensioenuitkeringen' niet een religieus karakter draagt. Daarnaast kan volgens de CGB ook uit de activiteiten van het pensioenfonds geen religieus karakter worden afgeleid.³⁸ De wijze waarop de CGB het kerkrecht buiten toepassing laat is opmerkelijk. Zij doet dit namelijk enkel en alleen op basis van de doelstellingen en activiteiten van het pensioenfonds en laat daarbij de statuten van het

36 De uitspraak van het Gerechtshof 's-Gravenhage is kenbaar uit HR 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 173.

37 Zie bijvoorbeeld Rb. Maastricht 19 september 1991, *NJ* 1992, 490; Rb. Amsterdam 28 augustus, *ECLI:NL:RBAMS:2013:5429*; *JOR* 2013/305, m.nt. T. van Kooten; Gerechtshof Amsterdam 26 augustus 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:3572* (*Bisdom Haarlem v Stichting Het Roomsche Catholiek Maagdenhuis c.s.*).

38 CGB 13 augustus 2002, oordeel 2002-111, r.o. 5.4.

pensioenfonds buiten beschouwing, terwijl deze statuten het pensioenfonds expliciet noemen als zelfstandig onderdeel van het R-K kerkgenootschap.³⁹

Op basis van het bovenstaande kunnen we concluderen dat er zich in de literatuur een verandering heeft voltrokken ten aanzien van de vraag of de religiositeitseis ook geldt voor zelfstandige onderdelen van kerkgenootschappen. Tegenwoordig zijn de meeste auteurs van mening dat de religiositeitseis niet geldt voor zelfstandige onderdelen van kerkgenootschappen. Dit standpunt vinden we ook terug in de jurisprudentie. Uit de jurisprudentie blijkt echter ook dat in een enkel geval het ontbreken van een duidelijk religieus karakter aangegrepen wordt om een organisatie niet als zelfstandig onderdeel te kwalificeren.

14.4 KWALIFICATIE VAN UITINGEN EN GEDRAGINGEN ALS GODSDIENSTIG ALS GEVOLG VAN DE AUTONOMIE VAN KERKGENOOTSCHAPPEN EN RELIGIEUZE GEMEENSCHAPPEN

14.4.1 Inleiding

De inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen is een complexe materie. Deze vrijheid vormt een uitbreiding van de kwalificatieproblematiek. Want door de inrichtingsvrijheid doet zich het opmerkelijke verschijnsel voor dat de betekenis van godsdienst wordt ‘verdubbeld’. De fundering van de inrichting en organisatie van kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen in theologische bronnen brengt met zich dat op het oog niet-religieuze onderwerpen zoals de organisatievorm, lidmaatschap etc. een religieuze dimensie kunnen krijgen. Zo kunnen we uit de kerkorde⁴⁰ van de Protestantse Kerk in Nederland (PKN) opmaken dat de verantwoordelijkheden voor het bestuur van dit kerkgenootschap liggen bij de plaatselijke kerkenraad en de synode. Hoewel het statuut dit niet expliciet vermeldt is deze inrichting een uitvloeisel van protestantse theologie.⁴¹ In tegenstelling tot de sterk hiërarchische episcopale organisatievorm die kenmerkend is voor de Rooms-Katholieke Kerk en waarbij de bisschop (*Episcop*) de hoogste ‘in rang’ is, kreeg de Nederlandse Hervormde Kerk (voorloper PKN) onder invloed van het calvinisme een presbyteriaal-synodale⁴² struc-

39 Meijers, *NTKR* 2010-4, p. 52.

40 www.pkn.nl zoek op: kerkorde en ordinanties.

41 Van den Heuvel, *De waarheidsvriend* 2000.

42 In een kerk met een presbyteriaal-synodale structuur zijn de verantwoordelijkheden verdeeld: over sommige zaken beslist de plaatselijke kerkenraad en over andere zaken beslissen de meerdere vergaderingen (de classis en de provinciale en generale synodes).

tuur. Deze keuze is terug te leiden op de protestantse breuk met een theologie die een onderscheid maakt tussen geestelijken en leken. Het leidende beginsel voor protestanten is *sola scriptura*: iedereen kan de Bijbel lezen en interpreteren onafhankelijk van de kerkelijke traditie. Het is daarom niet te gewaagd om te stellen dat deze organisatievorm net zo sterk als bijvoorbeeld bidden en de eredienst voortvloeit uit de godsdienstige leer en daarmee een godsdienstige uiting is.

Niet alle uitingen en gedragingen die vallen binnen de reikwijdte van de inrichtingsvrijheid zijn puur religieuze uitingen of gedragingen. Dergelijke uitingen of gedragingen kunnen namelijk ook een meer seculier karakter dragen. Zo kunnen er praktische zaken geregeld zijn in bijvoorbeeld een kerkelijk statuut die helemaal los lijken te staan van godsdienst. Omdat de inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen uiteindelijk is terug te voeren op een zekere religieuze autonomie moeten we in algemene zin deze uitingen of gedragingen toch beschouwen als religieuze uitingen of gedragingen of op zijn minst als uitingen en gedragingen die zijn afgeleid van godsdienst of daarmee in verband staan.

Of een uiting of gedraging die valt binnen de reikwijdte van de inrichtingsvrijheid een religieuze uiting of gedraging is of van godsdienst is afgeleid, wordt veelal niet expliciet gemaakt in de jurisprudentie. Dit komt doordat de rechter over het algemeen het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid respecteert en zich niet uitlaat over de vraag of de betreffende uiting of gedraging van inrichtings- of organisatorische aard tevens in eigenlijke zin is te beschouwen als een religieuze uiting of gedraging. De rechter volstaat in de dergelijke gevallen veelal met de vaststelling dat de uiting of gedraging volgt uit het statuut (en daarmee binnen de inrichtingsvrijheid valt) van een kerkgenootschap of religieuze gemeenschap. Gesteld kan worden dat indien de rechter de bepalingen uit het statuut volgt hij een subjectiverende kwalificatiewijze hanteert. Hij erkent dan de zelfdefinitie van het kerkgenootschap om uitingen of gedragingen als godsdienstig te kwalificeren of als uitingen of gedragingen die van godsdienst zijn afgeleid.⁴³ Omdat de inrichtingsvrijheid een sterk onbepaald karakter draagt en doordat er in Nederland verschillende kerkgenootschappen zijn waarvan sommige een zeer goed ontwikkeld kerkrecht hebben komen we in (tegenstelling tot de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs⁴⁴) in de jurisprudentie een

43 Tegelijkertijd zou men kunnen beargumenteren dat indien in een statuut staat opgenomen wat telt als godsdienstige uiting of gedraging een dergelijke uiting of gedraging een enigszins 'objectief' karakter krijgt, in die zin dat aan de hand van het statuut toetsbaar is of de betreffende uiting of gedraging hierin staat opgenomen. Objectief heeft dan echter meer de betekenis van 'toetsbaar' en niet algemeen geldig.

44 Zie 19.1. Waarschijnlijk is er minder variëteit in uitingen en gedragingen die in het kader van de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs voor de rechter worden gebracht omdat de statuten van een bijzondere school veel minder omvattend zijn dan

grote variëteit tegen van uitingen en gedragingen die zijn afgeleid uit het kerkelijk statuut.

In het navolgende worden eerst een aantal zaken besproken waarin de rechter zonder meer het statuut volgt en daarmee een subjectiverende kwalificatiewijze volgt. Vervolgens komen er een aantal zaken aan bod waarbij de rechter de zelfdefinitie van kerkgenootschappen min of meer erkent (en daarmee een subjectiverende kwalificatiewijze hanteert) maar waarin hij stelt dat de betreffende uiting of gedraging in strijd is met het (Nederlandse) recht.⁴⁵ Ten slotte worden er een aantal zaken behandeld waarin de rechter de zelfdefinitie niet erkent doordat hij oordeelt dat de uiting of gedraging niet volgt uit het statuut.

14.4.2 Zelfdefinitie door de erkenning van het statuut

Een zaak die genoemd kan worden waarin de rechter zonder meer het statuut volgt is het arrest *Kruis*. In dit arrest liet de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank in stand die op basis van het statuut tot de slotsom kwam dat de verhouding tussen ds. Kruis en de Christelijk Gereformeerde Kerk civielrechtelijk geen arbeidsovereenkomst is maar een rechtsbetrekking van eigen aard. De rechtbank overwoog dat met name het gegeven:

‘(...) dat ds. Kruis als predikant voor het leven was benoemd en geacht werd tucht uit te oefenen over zijn gemeente die ingeval van ongehoorzaamheid geen zelfstandige bevoegdheid had tot opzegging van de rechtsverhouding’⁴⁶

in de weg staat aan het aannemen van een arbeidsovereenkomst. Onder bepaalde omstandigheden kan de arbeidsverhouding tussen een religieuze voorganger en de religieuze gemeenschap waartoe hij behoort geen civielrechtelijke overeenkomst zijn. De authenticiteit van een dergelijke overeen-

die van bijvoorbeeld een kerkgenootschap als de R-K kerk. Het recht van de R-K kerk kan men immers zien als een geheel eigen rechtssysteem dat betrekking heeft op allerlei aspecten van het leven. Dat kan niet gezegd worden van de statuten van een bijzondere school, uiteraard ook omdat een school primair is gericht op onderwijs. Om die reden zien we dat in de context van de bijzondere school er in de jurisprudentie vooral is geprocedeerd over de selectie van onderwijzers en leerlingen (wellicht omdat deze vormen van inrichting ook expliciet zijn genoemd in de Grondwet). Zie hierover 19.4.

45 Hij past dan de beperkingsclausule van art.2:2 lid 2 BW toe. Er is dan wel kwalificatie van uitingen of gedragingen als godsdienstig maar vervolgens wordt de beperkingsclausule toegepast. Deze gang van zaken is vergelijkbaar met een kwalificatie als godsdienstig op grond van art. 9 EVRM of art. 6 Grondwet en dat dan vervolgens de beperkingsclausule wordt toegepast. Zie hierover 2.1.

46 HR 14 juni 1991, NJ 1992, 173, m.nt. Snijders (*Kruis v CGK 's-Hertogenbosch*), r.o. 3.2.

komst vloeit voort uit het religieuze karakter van deze overeenkomst. De redenering is dan dat een voorganger zijn werkzaamheden niet verricht vanwege het loon of de tegenprestatie maar omdat hij of zij zich geroepen voelt om 'het woord te bedienen'.⁴⁷ Een dergelijke arbeidsverhouding zou dan vooral moeten worden gezien als een religieuze roeping.

Ook in het arrest *Vrouwelijke diaken*⁴⁸ volgt de rechter zonder meer het statuut. In dit arrest werd het niet toelaten van een vrouw tot de opleiding van diaken door de Hoge Raad niet in strijd geacht met artikel 5 lid 3 WGB (voorloper van artikel 5 lid 3 AWGB) en artikel 2 lid 2 van de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 (voorloper van artikel 4 lid 2 van de Kaderrichtlijn). De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof en overweegt daarbij:

'(...) dat de vrijheid om het geestelijk ambt slechts open te stellen voor een van beide geslachten (de kan-bepaling van artikel 5 lid 3 WGB) voorbehouden is aan de desbetreffende kerkgenootschappen. De "aard of voorwaarden voor de uitoefening" als bedoeld in artikel 5 lid 3 dienen zo opgevat te worden, dat de vrijheid van godsdienst en de daarmee samenhangende vrijheid van inrichting zo zwaar wegen, dat het aan degene die een beroepsopleiding voor een geestelijk ambt in stand houdt, krachtens de bewoordingen van de WGB vrijstaat onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen op grond van zijn levensbeschouwing.'

Kerken mogen uitzonderingen maken op bepaalde normen van gelijke behandeling vanwege hun inrichtingsvrijheid.⁴⁹ Om die reden zijn er in de gelijkebehandelingswetgeving voor onder andere kerken uitzonderingen opgenomen op het gebod van gelijke behandeling. We kunnen het maken van onderscheid door kerken in sommige gevallen duiden als een godsdienstige handeling. Zo kon de vrouw in bovengenoemde arrest geen toegang krijgen tot de opleiding tot diaken vanwege de godsdienstige voorschriften van de katholieke kerk die bepalen dat een vrouw geen diaken kan worden. In canon 1024 van de *Codex Iuris Canonici*⁵⁰ staat namelijk: 'Alleen een gedoopte man ontvangt geldig de heilige wijding.' De kerk deed hier een beroep op haar statuut, in het geval van de katholieke kerk op het canonieke recht.

Verder kan het vonnis van de Rechtbank Amsterdam over het Maagdenhuis genoemd worden als zaak waarin het statuut door de rechter als uitgangspunt werd genomen. Het betrof hier een geschil tussen het Bisdom

47 Zie ook Van der Ploeg 2004, p. 159.

48 HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1846, NJ 1996, 330, m.nt. E.A. Alkema.

49 *Kamerstukken II* 1986/87, 19908, nr. 3, p. 10 en 21.

50 Het wetboek van kerkelijk recht van de katholieke kerk. Het katholieke kerkrecht (canoniek recht) vormt het statuut van de katholieke kerk.

Haarlem en het Maagdenhuis, een voormalig weeshuis dat zich vanaf 1970 ontpopte als steunfonds voor maatschappelijke projecten.⁵¹ Het Bisdom Haarlem was van mening dat het Maagdenhuis op grond van de statuten een zelfstandig onderdeel was en dat de bisschop daarom onder andere de bevoegdheid had om de bestuur van het Maagdenhuis te benoemen. Het bestuur van het Maagdenhuis betoogde daarentegen dat de kerk zich in meer dan vier eeuwen niet met de samenstelling van het bestuur van de stichting had bemoeid en dat om die reden de stichting niet meer gebonden was aan het statuut. In dit conflict volgde de rechtbank het bisdom en kwalificeerde het Maagdenhuis als een zelfstandig onderdeel van het R-K kerkgenootschap. Ze verwees daarbij naar de statuten waarin de stichting als een instelling van de R-K kerk werd aangeduid. Toch trok het bisdom niet helemaal aan het langste eind. Op basis van de considerans (van de statuten) legde de rechtbank de statuten zo uit dat de rol van de bisschop bij de benoeming van bestuursleden zeer gering is. Slechts in het geval van wanbeleid zou de bisschop de bevoegdheid hebben om bestuursleden te ontslaan. Aangezien dit niet het geval was kon de bisschop volgens de rechtbank niet van zijn bevoegdheden gebruik maken.⁵² Deze uitspraak laat zien dat de rechter de bevoegdheid van de bisschop erkent als een uiting of gedraging die beheerst wordt door het kerkrecht en is terug te leiden tot de religieuze autonomie van het kerkgenootschap. Zoals blijkt betekent dit niet dat de kerk automatisch gelijk krijgt. De rechter nam in dit geval de taak op zich om de het statuut op de juiste wijze uit te leggen.

Ten slotte kan gewezen worden op een uitspraak van de Rechtbank Utrecht waarin het ging om de ontbinding van een bewonersovereenkomst. Er was in deze zaak sprake van een Zusterorde, die een gast na bijna 7 jaar verblijf vroeg de gemeenschap te verlaten wegens verstoring van de rust en sereniteit. De gast weigerde dit verzoek in te willigen en voor de rechter schermde zij met het argument dat er sprake was van een huurovereenkomst. De rechtbank oordeelde echter dat hiervan geen sprake was en dat van de zusters niet kan worden verlangd dat zij hun gastvrijheid zouden continueren. Er zou volgens de rechtbank sprake zijn geweest van een overeenkomst van geheel eigen aard met als doel het gezamenlijk beleven van de spiritualiteit. De rechtbank stelde dat het belang van de leden in rust en sereniteit in de gemeenschap in dit geval prevaleert boven de continuering van het verblijf van de gast in de gemeenschap. Op grond daarvan oordeelde de rechtbank dat de zusters op goede gronden gebruik hebben gemaakt van de

51 Rb. Amsterdam 28 augustus, ECLI:NL:RBAMS:2013:5429; JOR 2013/305, m.nt. T. van Kooten. Het hof bekrachtigde dit vonnis. Zie Gerechtshof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3572 (*Bisdom Haarlem v Stichting Het Roomsche Catholiek Maagdenhuis c.s.*). Zie hierover uitgebreid Oldenhuis 2015.

52 Rb. Amsterdam 28 augustus, ECLI:NL:RBAMS:2013:5429, r.o. 4.5.

hun toekomstige bevoegdheid de overeenkomst te beëindigen. De rechtbank duidde de overeenkomst aan de hand van de kerkelijke regels van de kloosterorde.⁵³

In tegenstelling tot de voorgaande uitspraken werd door de rechter in de *Santo Daime*-zaak uit 2001 geen genoegen genomen met alleen het statuut. De rechter oordeelde op basis van '*de deskundigenrapporten en de statuten*' dat het gebruik van thee met een hallucinerend effect (ayahuasca-thee) in de erediensten van de Santo Daime kerk valt binnen de bescherming van de godsdienstvrijheid van het kerkgenootschap. De rechter overwoog:

'(...) de Amsterdamse kerk CEFLU Cristi-Céu da Santa Maria [...] moet worden beschouwd als kerkgenootschap. De aangehangen leer moet worden aangemerkt als een geloofsovertuiging en het gebruik van de thee ayahuasca, ofwel de Daime, moet, als het belangrijkste sacrament binnen de erediensten van de Santo Daime kerk, worden beschouwd als een essentieel onderdeel van de religieuze beleving van de gelovigen.'

Geconcludeerd kan worden dat de rechter zowel een objectiverende als een subjectiverende kwalificatiewijze hanteerde.⁵⁴ Het gebruik van deskundigenrapporten duidt op een objectiverende uitleg van de rituelen van de Santo Daime kerk. Het raadplegen van de statuten duidt op een subjectiverende uitleg.

Het duiden van uitingen en gedragingen door de wetgever en rechter op basis van de statuten van kerkgenootschappen of religieuze gemeenschappen past bij een communautaristisch perspectief. Men aanvaardt dan dat kerkgenootschappen of religieuze gemeenschappen tot op zekere hoogte de autonomie hebben om zelf uitingen of gedragingen te definiëren als religieus of als voortbrengsel van hun religieuze identiteit. Als deze zelfdefinitie wordt aanvaard is er sprake van een subjectiverende kwalificatiewijze. In de hierboven besproken zaken lijkt dit het uitgangspunt te zijn. In de *Santo-Daime*-zaak uit 2001 werd een meer subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst op basis van de statuten tevens ondersteund met een meer objectieve uitleg van het begrip godsdienst.

53 Rb. Utrecht 14 april 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT3847.

54 In de overige *Santo Daime*-zaken lijkt de rechter uitsluitend een subjectiverende kwalificatie toe te passen. De opvattingen van de aanhangers van de kerk dat het gebruik van de ayahuasca-thee onderdeel uitmaakt van de liturgie wordt dan door de rechter aangenomen. Er is één uitzondering, in de zaak voor de Rb. Noord-Holland gaat de rechter uit van een autonome kwalificatiewijze omdat hij daarin stelt dat de Santo Daime kerk een officiële kerk is en dat om die reden het gebruik van de ayahuasca-thee een godsdienstige uiting is. Deze kwalificatie is autonoom omdat de rechter niet toelicht op grond waarvan hij tot de kwalificatie komt dat Santo Daime een officiële kerk is. Er zijn immers geen objectieve maatstaven die bepalen wanneer een kerk officieel is.

De vrijheid die de Santo Daime-kerk⁵⁵ op basis van zijn statuut claimt is uitzonderlijk. Er zijn voorbeelden te bedenken van kerkelijke rituelen die in een nog sterkere mate een exotisch karakter dragen. De rechtsorde loopt bij dergelijke exotische rituelen het gevaar voor de gek te worden gehouden. Het religieuze karakter kan bedoeld zijn als truc (zoals evident bij de Kloosterorde van Sint Walburga)⁵⁶ om regelgeving te omzeilen. Zo bestaat in Nederland een zogenaamde 'Rokerskerk'. Door zich voor te doen als kerkgenootschap (met statuut en al) proberen deze lieden onder het horeca-rookverbod uit te komen.⁵⁷ In Nederland heeft dit nog niet geleid tot een rechtszaak. In België wel. Daar bepaalde de Gentse rechtbank ten aanzien van een eigenaar die zijn café bestempelt als een 'tempel' en zich zodoende beriep op de godsdienstvrijheid dat dit verweer getuigde van 'arrogantie en misprijzen'. In de zienswijze van de rechtbank moet de caféhouder zich net als iedereen houden aan regels 'die moeten worden nageleefd in het belang van eenieder'.⁵⁸ Uiteraard kan ook gedacht worden aan de 'kerk van het Vliegend Spaghettimonster'.⁵⁹ Aanhangers van dit kerkgenootschap geloven dat God een vliegend spaghettimonster is en beschouwen het vergiet als een heilig object en het dragen ervan als een godsdienstige gedraging.⁶⁰

55 Naar aanleiding van o.a. de inbeslagname van 10 jerrycans ayahuasca-thee procedeerde de Santo Daime kerk ook voor het EHRM. Het EHRM verklaarde de klacht in 2014 echter niet-ontvankelijk wegens 'kennelijke ongegrondheid' (art. 34 lid 3a EVRM). Het EHRM is net als de Nederlandse rechters bereid te aanvaarden dat het rituele gebruik van ayahuasca-thee moet worden gekwalificeerd als de praxis van een godsdienst: het is 'prepared to accept' dat het ontzeggen van het bezit van ayahuasca in verband met het rituele gebruik daarvan een beperking vormt van de godsdienstvrijheid. Het EHRM laat in zijn uitspraak niet blijken waar deze bereidheid vandaan komt. Of het EHRM is overtuigd door het relaas van de vertegenwoordiger van de Santo Daime Kerk of door opvattingen van anderen wordt niet duidelijk. We kunnen deze kwalificatie dan ook niet zien als een subjectiverende of objectiverende. Mogelijk dat het EHRM op grond van een eigen autonome zienswijze tot deze kwalificatie is gekomen. Het EHRM overweegt ten aanzien van de rechtmatigheid van de beperking dat deze conform de beperkingssystematiek van art. 9 EVRM heeft plaatsgevonden.

56 Zie 2.2.4.

57 Zie www.rokerskerk.nl.

58 Zie corr. Gent 30 oktober 2012, onuitgegeven. Hierover Vrielink 2012, p. 1-2.

59 Zie ook 2.2.4.

60 kerkvanhetvliegendspaghettimonster.nl.

14.4.3 Zelfdefinitie maar geen toepassing van het kerkrecht

De lijn die in bovengenoemde *Santo Daime*-zaak werd uitgezet vond navolging in latere ayahuasca-zaken.⁶¹ In een dergelijke zaak voor de Rechtbank 's-Gravenhage kwam nadrukkelijk de inrichtingsvrijheid van de Santo Daime kerk aan de orde. In deze zaak vorderde de Santo Daime kerk (hier Luz da Floresta (LDF) geheten) dat de in de Opiumwet neergelegde verbodsnorm week voor het recht van LDF om hun godsdienst uit te oefenen overeenkomstig de eigen statuten, zoals gecodificeerd in artikel 2:2 BW. De rechtbank overwoog:

‘(...) dat LDF c.s. met deze stelling ten onrechte voorbijgaat aan het gegeven dat artikel 2:2 lid 2 BW, waarin is bepaald dat kerkgenootschappen worden geregeerd door hun eigen statuut voor zover dat niet in strijd is met de wet, geen ruimte biedt om te handelen in strijd met het strafrecht. De Opiumwet betreft een fundamentele norm van het Nederlandse recht en valt daarmee onder het in voornoemde zin weergegeven begrip ‘wet’ en geldt naar het oordeel van de rechtbank onverminderd voor kerkgenootschappen. Artikel 2:2 BW staat derhalve niet aan toepassing van artikel 2 Opiumwet in de weg.’

De rechter oordeelde hier dus dat hoewel het gebruik van de verdovende thee valt onder de reikwijdte van artikel 2:2 BW, een verbod op het gebruik van de verdovende thee rechtmatig is op grond van de beperkingsclausule van artikel 2:2 BW. In lid 2 staat immers dat kerkgenootschappen geregeerd worden door hun statuut voor zover dit niet in strijd is met de wet. Gesteld kan dus worden dat de rechter aanvaardt dat het gebruik van verdovende thee een uiting of gedraging is die godsdienstig is of die behoort tot de inrichting of organisatie van het kerkgenootschap. Dat neemt echter niet weg dat de rechter deze uiting of gedraging niet kan verbieden wegens andere juridische belangen. Dat doet hij dan ook op grond van artikel 2:2 lid 2 BW. Overigens oordeelde de Haagse rechter in deze zaak in tegenstelling tot de

61 Zie Rb. Haarlem 26 maart 2009, *NJFS* 2009/139 (*Santo Daime*); Gerechtshof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888, *NJFS* 2012/111; Rb. Noord-Holland 8 september 2016, nr. 15/720112-14, ECLI:NL:RBNHO:2016:7557. Anders zie: HR 9 januari 2007, *AB* 2007/181, m.nt. L.C. Groen en B.P. Vermeulen; *NJCM-Bulletin* 2007/4, m.nt. Sackers. Hierin viel de belangafweging op basis van artikel 9 EVRM lid 2 uit in het nadeel van verdachte vanwege de opmerking ter zitting dat het voor het uitoefenen van haar geloof niet noodzakelijk was dat zij ayahuasca-thee dronk. De Hoge Raad tilde zwaar aan deze opmerking en oordeelde op grond daarvan dat er geen sprake was van een ongerechtvaardigde beperking op de godsdienstvrijheid. Op dit arrest is de kritiek geuit dat de Hoge Raad *in casu* eraan voorbij gegaan was de beperking van de Opiumwet disproportioneel is. Zie ook EHRM 6 mei 2014 nr. 28167/07 (*Fränklin-Beentjes en Ceflu-Luz da Floresta v Nederland*).

Amsterdamse rechter dat ook een beroep op artikel 9 EVRM niet kon slagen vanwege het zwaarwegende belang van de bescherming van de volksgezondheid.⁶²

Er zijn meer zaken waarbij de rechter min of meer erkende dat de uiting of gedraging voortvloeide uit het statuut maar deze uiting of gedraging vervolgens niet toestond wegens strijd met het (Nederlandse) recht. Genoemd kan worden de uitspraak van de Rechtbank Maastricht inzake het *RK-Armenbestuur*.⁶³ Deze instelling stelt zich onder andere als doel financiële nood te lenigen bij natuurlijke personen. Hoewel de rechter in deze zaak het RK-Armenbestuur erkende als zelfstandig onderdeel van het R-K kerkgenootschap, ging hij in tegen de uit de statuten van die instelling volgende discretionaire bevoegdheid van de bisschop om bestuursleden te ontslaan. In plaats van toepassing van dit statuut stelde de rechter dat de redelijkheid en billijkheid zoals die onderdeel uitmaken van het Nederlandse verenigingsrecht, zich verzetten tegen uitoefening van de bevoegdheid van de bisschop.⁶⁴ Er was hier dus sprake van een situatie waarin de bevoegdheid van de Bisschop wel werd gekwalificeerd als één die is terug te voeren op het statuut – en daarmee in relatie staat tot de godsdienst van de kerk – maar die niet werd beschermd omdat die gedraging in strijd zou zijn met het civiele recht

Ook kan gewezen worden op een zaak die speelde voor de Rechtbank Rotterdam die ging over het wegzenden van een broeder door een RK-Kloosterorde. Deze broeder was in tegenstelling tot de kloosterorde van mening dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst en dat hij niet weggezonden had mogen worden zonder financiële compensatie. De rechtbank overwoog:

‘Door toetreding tot de gemeenschap van religieuzen, deel uitmakende van de Rooms-Katholieke kerk, geldt dat het recht van deze gemeenschap [canoniek recht (statuut van RK-Kerk), JV] voorrang heeft, behoudens zwaarwegende omstandigheden zoals schending van elementaire beginselen van een goede procesorde.’

Verder overwoog de rechtbank dat de aanstelling van de broeder vanwege de religieuze verstandhouding die bestond tussen de kloosterorde en de broeder niet als een arbeidsovereenkomst kon worden beschouwd maar dat gezien het langdurige lidmaatschap niet kon worden uitgesloten dat het lidmaatschap tevens een rechtsverhouding omvat die civielrechtelijk kan worden gedefinieerd. Op grond daarvan oordeelt de rechter dat er sprake is van een verbintenis waarop het civiele recht van toepassing is en dat de beëindi-

62 Rb.’s-Gravenhage 9 februari 2011, *NJF* 2011/136.

63 Rb. Maastricht 19 september 1991, *ECLI:NL:RBMAA:1991:AD1492*, *NJ* 1992, 490 (*RK Armenbestuur*).

64 Rb. Maastricht 19 september 1991, *NJ* 1992, 490.

ging van deze verbintenis niet mag leiden tot een onredelijke financiële situatie bij de weggezonden broeder. Daarmee deed de rechtbank een opmerkelijk uitspraak aangezien zij eerder overwoog dat de broeder met zijn toetreding tot de congregatie zich '(...) heeft onderworpen aan de interne regels van de Congregatie en van de Rooms-Katholieke kerk (...)'.⁶⁵

14.4.4 Geen zelfdefinitie en geen toepassing van het kerkrecht

Er zijn ook uitspraken waarbij de rechter de zelfdefinitie van het kerkgenootschap niet erkent omdat hij oordeelt dat het statuut niet van toepassing is. Er is dan geen sprake van een beperking van de vrijheid die volgt uit het statuut (inrichtingsvrijheid) maar van het simpelweg niet toepassen van het statuut. Gewezen kan worden op het in paragraaf 14.3 behandelde CGB-oordeel over het pensioenfonds dat in zijn pensioenreglement verzekerden uitsloot van bepaalde pensioenrechten indien er sprake was van een samenlevingsvorm die indruiste tegen de kerkelijke normen. Doordat de CGB oordeelde dat het pensioenfonds geen zelfstandig onderdeel was, viel de ongelijke behandeling van het pensioenfonds buiten de inrichtingsvrijheid en werd het niet opgevat als een uiting of gedraging die godsdienstig was of kan worden afgeleid uit godsdienst.

Ook kan de uitspraak van Rechtbank Arnhem in 2008 over de zaak van de Heilig Landstichting worden genoemd. Daarin werd in weerwil van de statuten een stichting niet als zelfstandig onderdeel gekwalificeerd en werden door de rechter civielrechtelijke normen toegepast.⁶⁶ Het geschil ging over een identiteitsverandering van het Bijbels Openluchtmuseum waarmee de bisschop van Den Bosch zich niet kon verenigen. De besturen van de kerkelijke stichtingen⁶⁷ (geen stichtingen naar civielrecht!) Heilig Land Stichting en de Stichting Eerste Hulp Stichting der Heilig Landstichting die het feitelijk beheer hadden over het museum, besloten niet langer alleen aandacht te besteden aan het christendom en jodendom maar ook aan de islam. Op die manier zou de overheidssubsidie worden veiliggesteld die noodzakelijk was voor het behoud van het museum. Daartoe werd het museum voor vele jaren in handen gegeven van een zuiver privaatrechtelijke stichting waardoor de invloed van de kerk op de exploitatie van het museum feitelijk verloren zou gaan. Dit liet de bisschop niet over zijn kant gaan en hij beriep zich ten overstaan van de civiele rechter, op zijn uit het katholieke kerkrecht (*Codex Juris Canonici*) stammende recht, om onder andere de statuten te interpreteren en

⁶⁵ Rb. Rotterdam (sector Kanton) 2 september 2008, *JAR* 2008/265.

⁶⁶ Rb. Arnhem 30 januari 2008, *ECLI:NL:RBARN:2008:BC3090*, *JOR* 2008/68 (*Heilig Land Stichting*).

⁶⁷ De RKK gebruikt de term stichting ook in niet-civilrechtelijke zin.

uit te leggen. De bisschop eiste onder andere dat het besluit tot oprichting van de privaatrechtelijk stichting op grond waarvan 'de bisschop wordt uitgerangeerd' en de 'banden met de R-K kerk worden afgeschud' nietig werd verklaard.

In de statuten van Heilig Land Stichting en de Stichting Eerste Hulp Stichting der Heilig Landstichting staat expliciet dat beide stichtingen zelfstandige onderdelen zijn van het R-K kerkgenootschap en rechtspersoonlijkheid bezitten op grond van art 2:2 BW. Toch meende de rechter dat de stichtingen niet geregeerd worden door het kerkrecht maar door burgerlijk recht. Hij komt tot deze opmerkelijke conclusie met de redenering dat beide stichtingen door private personen zijn opgericht en daarom private kerkelijke stichtingen oftewel burgerrechtelijke kerkelijke stichtingen zijn. Zoals ook Blanco Fernandez opmerkt in zijn noot, gaat de rechter met deze uitleg voorbij aan de statutaire bepalingen. Volgens Blanco Fernandez wijst alles in deze zaak erop dat hier het kerkrecht van toepassing zou moeten zijn. Zo gingen partijen bij de totstandkoming van de rechtspersonen uit van het kerkrechtelijke karakter van de stichtingen, en blijkt uit de notariële aktes de kerkrechtelijke persoonlijkheid van de stichtingen.⁶⁸

In enkele gevallen, zoals in de CGB-zaak over het pensioenfonds en in de zaak van de Heilig Landstichting gaat de rechter in zijn beoordeling van het geschil voorbij aan het statuut. Het gevolg is dan dat uitingen en gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als onderdeel van de inrichtingsvrijheid wat met zich brengt dat het verband tussen de betreffende uiting en gedraging en de godsdienst van het kerkgenootschap of de instelling niet wordt erkend. Waarom de rechter in de bovengenoemde gevallen voorbij gaat aan het statuut kunnen we niet uit de uitspraken opmaken. Mogelijk dat hij in die gevallen vindt dat de civielrechtelijke normen meer bescherming verlenen aan de 'zwakkere' partij.

14.5 CONCLUSIE

14.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Behalve de onbepaaldheid van het wezen van het kerkgenootschap is een ander opmerkelijke eigenschap van het kerkgenootschap dat het wordt geregeerd door zijn eigen statuut (artikel 2:2 BW). Ook ten aanzien van deze inrichtingsvrijheid geldt dat de omvang ervan onbepaald is. De reden hiervoor is dat de wetgever het op grond van de scheiding tussen kerk en staat niet juist achtte, wanneer hij de theologische bronnen zou interpreteren om zo-

68 Rb. Arnhem 30 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC3090, JOR 2008/68 (*Heilig Land Stichting*).

doende de reikwijdte van het statuut af te bakenen. Het gevolg is dat de kerkelijke autonomie niet bepaald wordt door statelijk recht (privaatrecht, strafrecht) maar door het eigen kerkrecht dat voortvloeit uit het statuut. De inrichtingsvrijheid brengt met zich dat de omvang van de godsdienstvrijheid – de reikwijdte van het grondrechtsobject – en daarmee ook de juridische betekenis van godsdienst kan worden uitgebreid tot zaken die betrekking kunnen hebben op de structuur en inrichting van het kerkgenootschap. Dat wil zeggen dat de autonomie van kerkgenootschappen op grond van artikel 2:2 BW gelezen moet worden in het licht van artikel 6 Grondwet jo. artikel 9 EVRM. Gesteld kan worden dat de wetgever met de toekenning van de inrichtingsvrijheid aan kerkgenootschappen, deze kerkgenootschappen in zekere zin ruimte heeft gegeven voor zelfdefinitie. Met andere woorden, met de toekenning van inrichtingsvrijheid gaat de wetgever uit van een subjectiverende uitleg van de godsdienstoefening van kerkgenootschappen. Kerkgenootschappen hebben op basis van hun een statuut een zekere vrijheid om in het kader van de inrichting en organisatie zelf te bepalen wat telt als godsdienst. Binnen het kader van dit onderzoek betekent het bovenstaande een uitbreiding van de kwalificatieproblematiek. Immers, ook organisatorische en inrichtingsaspecten kunnen een religieus karakter hebben, zijn met andere woorden in sommige gevallen te begrijpen als religieuze uitingen en gedragingen.

In de literatuur is discussie geweest over het religieuze karakter van zelfstandige onderdelen. Zo bepleitte Oldenhuis begin jaren '80 van de vorige eeuw dat alleen instellingen als zelfstandige oordelen kunnen gelden die daadwerkelijk een religieus karakter hebben. Tegenwoordig is er consensus over de opvatting dat zelfstandige onderdelen niet op dezelfde wijze met godsdienst bezig hoeven te zijn als het kerkgenootschap. De rechtspraak wijst ook in deze richting, maar toch wordt in een enkel geval een andere benadering gevolgd. Zo oordeelde de CGB in 2002 in weerwil van het toepasselijke statuut, dat een pensioenfonds – vanwege het ontbreken van een religieus karakter – geen onderdeel uitmaakte van het RK-Kerkgenootschap.

Voor de uitleg van het begrip godsdienst naar aanleiding van de inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen kunnen we in zijn algemeenheid stellen dat deze niet altijd op consistente en consequente wijze plaatsvindt. De wetgever heeft een subjectiverende uitleg beoogd door kerkgenootschappen een grote mate van autonomie te verlenen. In veel gevallen onderschrijft de rechter de bedoeling van de wetgever en hanteert hij een subjectiverende kwalificatiewijze. Hij bepaalt dan op basis van het statuut of een (arbeids-) verhouding, organisatorisch aspect, geschil, afspraak, het maken van onderscheid, etc. valt onder de inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap en daarmee impliciet is terug te voeren op godsdienstige overwegingen. In enkele zaken gaat de rechter bij zijn beoordeling van het geschil voorbij aan het statuut. Het gevolg is dan dat uitingen en gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als onderdeel van de inrichtingsvrijheid wat met zich brengt

dat het verband tussen de betreffende uiting en gedraging en de godsdienst van het kerkgenootschap of de instelling niet wordt erkend.

14.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De organisatie- en inrichtingsvrijheid zoals die geldt voor kerkgenootschappen en religieuze gemeenschappen op basis van artikel 2:2 BW en artikel 9 jo. artikel 11 EVRM is een voortvloeiende van enerzijds liberaal en anderzijds communautaristisch gedachtegoed. Het liberale beginsel van scheiding tussen kerk en staat kan men zien als wegbereider voor het principe dat kerkgenootschappen een bepaalde autonomie toekomt om zaken ten aanzien van geloof en de uitoefening daarvan te organiseren en in te richten. Na de Grondwet van 1848 bemoeide de staat zich in veel mindere mate met de organisatie en inrichting van de kerkelijke gezindten in Nederland dan voorheen. Vervolgens ontpopte er zich een strijd over de vraag wat de competentie is van de staat en wat die van de kerk. De Wet op de kerkgenootschappen trachtte deze vraag te beantwoorden. Hoewel deze wet kan worden gezien als juist een beknothouding van de vrijheid van kerkgenootschappen was het ook de eerste wet waarin principieel werd vastgelegd dat de kerk op haar terrein van geloof en de uitoefening daarvan vrijheid geniet, waaronder de vrijheid om haar begrip van godsdienst te definiëren. In de tijden die volgden is men er vervolgens altijd van uit gegaan dat het kerkgenootschap een bijzondere rechtsfiguur is omdat het zich richt op godsdienst. Deze bijzonderheid is gedurende de geschiedenis aangevoerd als legitimatie waarom de kerk een bepaalde autonomie zou moeten hebben. Opmerkelijk is dat deze legitimatie nooit sterk is aangevochten, ook niet ten tijde van de parlementaire behandeling van het huidige artikel 2:2 BW. Kennelijk was het in die tijden vanzelfsprekend dat een beroep op godsgeloof een bijzondere positie voor de kerk als organisatie rechtvaardigde, die zich uitte in een grote mate van zelfregulering.

Soms gaat de rechter zijn beoordeling van het geschil voorbij aan het statuut. Het gevolg is dan dat uitingen en gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als onderdeel van de inrichtingsvrijheid wat met zich brengt dat het verband tussen de betreffende uiting en gedraging en de godsdienst van het kerkgenootschap of de instelling niet wordt erkend. Waarom de rechter in deze gevallen voorbij gaat aan het statuut is enigszins onduidelijk. Mogelijk dat hij in die gevallen vindt dat de civielrechtelijke normen meer bescherming verlenen aan de 'zwakkere' partij.

15.1 INLEIDING

De ANBI (Algemeen Nut Beogende Instelling)-regeling maakt het mogelijk dat men belastingvrij aan kerkgenootschappen en religieuze en levensbeschouwelijke instellingen kan schenken en nalaten. Giften aan kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen kunnen worden afgetrokken van het belastbaar inkomen voor de inkomstenbelasting (artikel 6.33 Wet inkomstenbelasting 2001). Bovendien geldt voor kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen (en andere ANBI's) dat zij als ontvanger van schenkingen en erfennissen zijn vrijgesteld van de schenk- en erfbelasting (artikel 32 Successiewet). Dit kan een instelling een beduidend financieel voordeel opleveren: in 2017 is de erfbelasting voor instellingen zonder een ANBI-status 30% over de eerste € 122.268 en 40% over alles daarboven (artikel 24 Successiewet).

In dit hoofdstuk analyseer ik wanneer de wetgever (paragraaf 15.2) en rechter (15.3) een instelling als kerkelijk of levensbeschouwelijk duiden en sta ik stil bij de legitimatie (15.4) die wordt gegeven voor deze duiding. Paragraaf 15.5 bevat de conclusie.

15.2 DEFINIËRING VAN KERKELIJKE OF LEVENSBESCHOUWELIJKE INSTELLINGEN DOOR DE WETGEVER

In het met ingang van 1 januari 2012 in werking getreden artikel 5b Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR) wordt een ruime omschrijving gegeven van de ANBI. Uit lid 1 kunnen we onder meer opmaken dat een ANBI uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen nut beoogt. Wat moet worden verstaan onder 'algemeen nut' blijkt niet uit de wet. In de wetsgeschiedenis wordt verwezen naar de wijze waarop de betekenis van het 'algemene nut' zich heeft uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.¹ Wel staat in lid 3 een limitatieve opsomming van fenomenen van algemeen nut,² waaronder religie, levensbeschouwing en spiritualiteit. Waarom religie, levensbeschouwing en spiritualiteit van algemeen nut zijn vermeldt de Memorie van Toelichting

1 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 006, nr. 3, p 25.

2 Welzijn; cultuur; onderwijs; wetenschap en onderzoek; bescherming van natuur en milieu; gezondheidszorg; jeugd- en ouderenzorg; ontwikkelingssamenwerking; dierenwelzijn; religie, levensbeschouwing en spiritualiteit; de bevordering van de democratische rechtsorde; volkshuisvesting.

niet.³ Ook wordt hierin niet uitgelegd wat onder religie, levensbeschouwing en spiritualiteit moet worden verstaan. Dit roept de vraag op hoe de rechter moet toetsen of een instelling religieus of levensbeschouwelijk is en of een dergelijke kwalificatie dan ook betekent dat de instelling 'uitsluitend of nagenoeg uitsluitend' het algemeen nut dient.

Op grond van de wetsgeschiedenis zou men kunnen veronderstellen dat een kwalificatie als godsdienstige of levensbeschouwelijke instelling inderdaad automatisch betekent dat het algemeen belang wordt gediend. Tot 2010 wekten de wetten die dienden als grondslag voor zowel de giftenregeling als voor de regeling van de vrijstelling van de schenk- en erfbelasting⁴ namelijk de indruk dat kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen hun belastingvoordelen niet te danken hadden aan de ANBI-status maar aan hun kerkelijke of levensbeschouwelijke karakter. Kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen werden naast 'charitatieve, culturele, wetenschappelijke of het algemeen nut beogende instellingen' in de wet apart onderscheiden. Dat was het geval in artikel 47 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 en in de Successiewet 1956 en later in artikel 6.33 Wet inkomstenbelasting 2001. Pas met de wijziging van de Successiewet en de Wet op de inkomstenbelasting 2001⁵ in 2010 werd voornoemde opsomming losgelaten.⁶ Vanaf 2010 werd de 'algemeen nut beogende instelling' in wetgeving opgenomen als een overkoepelende term waarbij de kerkelijke, levensbeschouwelijke, charitatieve en culturele instellingen werden inbegrepen.

In de jurisprudentie wordt echter gesteld dat het nooit de bedoeling van de oude wetgever is geweest om de ANBI als een aparte categorie van instellingen te kwalificeren naast kerkelijke, levensbeschouwelijke, charitatieve, culturele, wetenschappelijke instellingen. In 1994 oordeelde de Hoge Raad dat de opsomming 'kerkelijke, levensbeschouwelijke, charitatieve, culturele, wetenschappelijke of het algemeen nut beogende instellingen', zoals die voortspoot uit artikel 47 van de Wet inkomstenbelasting 1964 en was opgenomen in de Successiewet, niet inhield dat kerken, levensbeschouwelijke, charitatieve, culturele of wetenschappelijke instellingen niet het algemeen nut zouden dienen. De opsomming zou een niet-limitatieve zijn. Ook kerkelijke en levensbeschouwelijke instanties dienen het algemeen belang.⁷ De wetgever heeft volgens de Hoge Raad als criterium voor belastingaftrek altijd het algemeen belang voor ogen gehad. Voor de vraag of er aan een bepaalde

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 006, nr. 3.

4 HR 13 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5717, BNB 1994/280, m.nt. Laaijendecker (*Brassband-arrest*).

5 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van de Successiewet 1956 en enige andere belastingwetten, *Stb.* 574.

6 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 63.

7 HR 13 juli 1994, BNB 1994/280.

instelling belastingvrijstellingen zijn vergund, is enkel het ‘algemeen belang’ dat met deze instelling wordt gediend bepalend en dus niet of een instelling zich kerkelijk of levensbeschouwelijk noemt.⁸

De regering heeft overigens bij de wijziging van de Successiewet en de Wet op de inkomstenbelasting 2001 geprobeerd het idee van een uitzonderingspositie voor kerken en levensbeschouwelijke instellingen nieuw leven in te blazen. De Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel stelt voorop dat kerkelijke en levensbeschouwelijke organisaties zich volledig richten op het algemeen belang.⁹ Om die reden wilde de regering in artikel 6.33 Wet inkomstenbelasting 2001 kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen als bijzondere categorie onderscheiden naast de andere ANBI's. Zij zouden per definitie een ANBI zijn en niet opnieuw hoeven te worden getoetst. Het ging volgens de regering dan wel expliciet om louter kerkelijke of levensbeschouwelijke instellingen. Organisaties waarvan de activiteiten voor een belangrijk gedeelte bestaan uit actievoeren of (semi-)commerciële activiteiten, zoals het tegen betaling geven van cursussen of het verkopen van cursusmateriaal, ook al heeft dit een religieus of levensbeschouwelijk karakter, zouden hier volgens de regering dan niet onder moeten vallen. Dit plan werd echter door meerdere partijen in de Tweede Kamer kritisch ontvangen. Zo verweet D66 de regering kerken en levensbeschouwelijke instellingen te willen voortrekken op andere ANBI's.¹⁰ Besloten werd daarom kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen niet uit te zonderen van de reguliere ANBI-criteria. Dit betekent dat kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen onder dezelfde voorwaarden door de belastinginspecteur bij beschikking als zodanig moeten worden aangewezen.¹¹

Zoals opgemerkt verwijst de AWR-wetgever voor de betekenis van ‘algemeen nut’ naar de jurisprudentie hieromtrent.¹² In een arrest van de Hoge Raad uit 1960 werd geoordeeld dat:

‘naar spraakgebruik en maatschappelijke opvatting onder “het algemeen nut beogende instellingen” zijn te verstaan lichamen wier doelstelling een werkzaamheid betreft, welke op zichzelf rechtstreeks het algemeen belang raakt (...) en niet lichamen die ten doel hebben een werkzaamheid welke op zichzelf slechts dienstbaar is aan een particulier belang – zoals de ontspanning of het gezellig verkeer, waaraan een bepaalde kring personen behoefte heeft –

8 Van Kooten 2011, p. 80.

9 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 17.

10 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 7, p. 32.

11 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9, p. 63.

12 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 006, nr. 3, p. 25.

ook al moge van de voorziening in dit belang zijdelings een gunstige werking ten algemenen nutte uitgaan.¹³

Het algemeen belang van een instelling wordt niet zonder slag of stoot aangenomen. Tot de wijziging van de Successiewet in 2010 gold op grond van de jurisprudentie de eis dat een instelling voor minstens 50% van haar activiteiten het algemeen belang moet dienen om door de belastingdienst als ANBI te worden aangemerkt. De overige 50% mocht dan particulier belang betreffen. Vanaf 2010 is het criterium algemeen belang opgerekt naar 90% algemeen nut.¹⁴

Uit het voorgaande is duidelijk geworden dat een ANBI-status afhangt van de toetsing van het onderscheid tussen algemeen belang en particulier belang en niet zozeer van de vraag of een instelling zich religieus of levensbeschouwelijk noemt. Toch is het verlenen van de ANBI-status nog wel relevant voor het begrip godsdienst, zoals blijkt uit de jurisprudentie. Tot 2003 was het namelijk niet gebruikelijk dat de activiteiten van kerkelijke of levensbeschouwelijke instellingen werden getoetst op hun algemeen belang. Er werd geen onderscheid gemaakt tussen doel en feitelijke werkzaamheid, dat wil zeggen de daadwerkelijke activiteiten van de kerk. Als uit de doelstelling uit het statuut bleek dat het om een kerk of levensbeschouwelijke instelling ging dan werd de ANBI-status in beginsel toegekend. In de praktijk betekende dit dat nagenoeg alle kerken en levensbeschouwelijke instellingen zonder toetsing van de feitelijke omstandigheden als ANBI werden gekwalificeerd.¹⁵ Dit veranderde met uitspraak van de Hoge Raad in 2003 over de Scientology Kerk. De Hoge Raad oordeelde dat de Scientology Kerk weliswaar is te beschouwen als een kerkelijke of levensbeschouwelijke instelling als bedoeld in artikel 47 van de Wet op de inkomstenbelasting maar dat dit nog niet betekende dat de instelling moet worden aangemerkt als ANBI.¹⁶ Volgens de Hoge Raad konden de activiteiten van de Scientology kerk niet gelden als activiteiten die in dienst stonden van het algemeen belang.

We kunnen concluderen dat er met de Scientology-uitspraak uit 2003 ten aanzien van de kwalificatie van de activiteiten van kerken en levensbeschouwelijke instellingen een verschuiving heeft plaatsgevonden van een situatie waarin deze activiteiten op grond van hun statuut (doelstelling) als vanzelf als religieus werden gekwalificeerd en daarmee als bijdragen aan het algemeen belang naar een situatie waarin deze activiteiten slechts dan als zoda-

13 HR 12 oktober 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY1355.

14 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 9.

15 Van Kooten 2011, p. 83. Zie ook HR 31 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AX2630 waarin de Hoge Raad voor het eerst bepaalde dat niet alleen de doelstelling voor een ANBI van belang is maar ook de feitelijke omstandigheden.

16 HR 7 november 2003, *BNB* 2004/30, *NTFR* 2004/1886, r.o. 3.3.

nig worden gekwalificeerd indien uit de rechterlijke toets¹⁷ ook daadwerkelijk blijkt dat ze het algemeen belang dienen. Indien voorheen uit het statuut bleek dat er bijvoorbeeld sprake was van een kerk, dan volgde automatisch de conclusie dat de activiteiten van religieuze aard waren en dat het algemeen belang werd gediend. De verandering is dat er een toetsing van de feitelijke omstandigheden is bijgekomen. Zoals gezegd is deze toetsing erop gericht een onderscheid aan het licht te brengen tussen particulier en algemeen belang.¹⁸ In de context van godsdienstige en levensbeschouwelijke instelling betekent dit dat de belastinginspecteur of de rechter¹⁹ moet uitmaken of het statuut en de activiteiten van een instelling religieus zijn of ook een particulier belang dienen.²⁰ Deze toetsing kan, indien er objectieve maatstaven worden gehanteerd, ervoor zorgen dat de kwalificatie een objectief karakter krijgt.

15.3 DE KWALIFICATIE VAN DE DOELSTELLING EN DE FEITELIJKE OMSTANDIGHEDEN VAN EEN INSTELLING ALS RELIGIEUS IN DE JURISPRUDENTIE

In het navolgende bespreek ik een aantal rechterlijke uitspraken waarin in het kader van de ANBI-status het begrip van godsdienst aan de orde was.

Ten eerste een uitspraak van het Hof Den Haag uit 2010 inzake de vrijmetselarij.²¹ Het hof overweegt hierin dat de vrijmetselarij naar eigen zeggen geen leer of ideologie verkondigt. Volgens het hof is deze constatering echter niet van belang omdat levensbeschouwing een rechtsbegrip is dat moet worden uitgelegd door de rechter zelf. Vervolgens kwalificeert het hof de vrijmetselarij als levensbeschouwing. Daarbij laat het zich leiden door het oordeel van een deskundige. Die definieert de vrijmetselarij als een religieus humanisme, de stroming in het humanisme die het bestaan erkent als een geheimenis, zonder zich te binden aan een specifieke geloofstraditie.²² Voor wat betreft de activiteiten van de vrijmetselarij leunt het hof ook op het advies

17 En in een eerder stadium uit de toets door de belastingdienst.

18 Vgl. Steenvoorde, *TvRRB* 2011-1, p. 35.

19 Toelichting op het besluit van 1 februari 2007, nr. DB2007-31, *Stcrt.* 2007, 28, *NTFR* 2007/241.

20 De bewijslast voor de ANBI-status berust bij de belanghebbende. Zie HR 9 juli 1999, *BNB* 1999/361.

21 Gerechtshof 's-Gravenhage 28 juli 2010, *NTFR* 2010/2668.

22 Saillant is dat de deskundige die door belanghebbende naar voren is geschoven als hoogleraar een bijzondere leerstoel bekleedt die deels door de vrijmetselarij wordt bekostigd. Men kan zich afvragen of een dergelijke deskundige ten aanzien van dit onderwerp onafhankelijk kan zijn. Zie ook de annotatie van Molenaar bij Gerechtshof 's-Gravenhage 28 juli 2010, *NTFR* 2010/2668.

van de bovengenoemde deskundige. Die stelt: 'De vrijmetselarij geeft het heilige weer in het symbool "Opperbouwmeester des Heelals". Alle werkzaamheden in de loge vinden plaats ter ere van dat symbool.'²³ Naar aanleiding van het oordeel van de deskundige dat de vrijmetselarij uitsluitend activiteiten verricht die in het teken staan van het levensbeschouwelijke doel van de vrijmetselarij kwalificeert het hof deze activiteiten als activiteiten die bijdragen aan het algemeen belang.

Ten tweede een uitspraak van de Rechtbank Arnhem uit 2010 over een klooster. Hierin werd beoordeeld of een stichting die het gastenverblijf van een klooster exploiteerde als ANBI kon worden gekwalificeerd. De belastinginspecteur was van mening dat dit niet kon omdat er primair sprake was van het bedrijfsmatig uitoefenen van een onderneming. De rechter oordeelde echter dat de stichting wel een ANBI was omdat de exploitatie van het gastenverblijf geen doel op zich is, maar een middel voor de monniken om gastvrijheid te tonen. Volgens de rechtbank diende de doelstelling van het gastenverblijf 'het in stand houden van een gastenhuis als een oord van geestelijke bezinning en tevens om besprekingen te houden omtrent godsdienstige en sociale problemen in beperkte kring' het algemeen nut, omdat het ontvangen van gasten een verplichting is 'die rechtstreeks voortvloeit uit de regels van Sint Benedictus volgens welke de monniken leven, welke regels zijn gebaseerd op het christelijke geloof.' Ten aanzien van de feitelijke werkzaamheden overwoog de rechtbank dat 'de werkzaamheden van de stichting primair het algemeen belang raken omdat de gastvrijheid, zoals die is neergelegd in de regels van St. Benedictus voorop staat'.²⁴ De rechtbank had de regels van Sint Benedictus Nursia (480-547) geraadpleegd en onder andere op grond daarvan geconstateerd dat (zoals de stichting betoogt) de religieuze leer van de monniken inderdaad het ontvangen van gasten voorschrijft en dat de doelstelling en de activiteiten van de stichting hiermee in overeenstemming zijn. De rechter stelt dat het gastenverblijf is geslaagd in zijn bewijslast. We kunnen stellen dat de rechter in deze zaak een objectiverende kwalificatie hanteert omdat de rechter de doelstelling en de feitelijke werkzaamheden toetst aan een criterium dat buiten het rechtssubject ligt, namelijk een religieuze bron.

Ten derde een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland uit 2013 over de christelijke stichting L'Abri. In deze uitspraak is het objectiverende karakter van de kwalificatie iets minder sterk dan in de vorige twee uitspraken. De betrokken stichting had als doel het verkondigen van het Evangelie door ondersteuning en aanmoediging van zendelingen over de wereld. De stichting organiseerde voor een geringe kostenvergoeding onder andere themaweek-

23 Gerechtshof 's-Gravenhage 28 juli 2010, *NTFR* 2010/2668, r.o. 6.1.3.

24 Rb. Arnhem 17 juni 2010, *ECLI:NL:RBARN:2010:BM8588*, *NTFR* 2010/1683, m.nt. J. Zandee-Dingemanse, r.o. 4.

enden, lezingen en filmavonden. Onder de stichting valt een leefgemeenschap waarvan de leden in dienst zijn van de stichting. De belastingdienst meende dat de activiteiten van deze stichting in wezen gericht zijn op de particuliere belangen van de leden van de leefgemeenschap en de deelnemers. Daarom kwalificeerde de belastingdienst deze activiteiten dan ook niet als activiteiten van algemeen belang. De rechtbank achtte deze activiteiten echter wel van algemeen belang. De rechtbank baseerde haar oordeel op de vergelijking van de stichting met een kloosterorde. Net als in een kloosterorde wordt in L'Abri op gezamenlijke wijze het geloof beleefd en beleden. Ook de leden van een kloosterorde wonen, eten en recreëren gezamenlijk, naast dat ze religieuze activiteiten verrichten. De rechtbank overwoog verder dat de individuele belangen van de leefgemeenschap van L'Abri dienstbaar en ondergeschikt zijn aan die van de gasten.²⁵ Via de bespreking van films, lezingen en bijeenkomsten geeft zij concreet uitvoering aan haar religieuze doelstelling.²⁶ De belastingdienst baseerde zijn opvatting, dat hier slechts een particulier belang speelde, tevens op de constatering dat de gasten van L'Abri persoonlijk nut ontleen aan de hun verleende diensten. Bijvoorbeeld door één op één gesprekken met vaste medewerkers. Volgens de rechtbank is dit standpunt van de belastingdienst onjuist. De rechtbank verwijt de belastingdienst dat hij onterecht ervan uit gaat dat het op individuele basis zoeken naar en invulling geven aan religie en verdieping, niet algemeen nuttig zou zijn en op collectieve basis naar dezelfde doelstelling streven (bijvoorbeeld in een kerkgenootschap) wel. De door de belastingdienst aangevoerde rechtvaardiging voor dit verschil, namelijk de riten of de instituties van een kerkelijke instelling, betreft volgens de rechtbank de vorm en niet de inhoud van de religie. De rechtbank stelt dat ook binnen een kerkelijke instelling plaats is voor studie en vorming, ook op individueel niveau. De belastingdienst heeft volgens de rechtbank dan ook niet duidelijk kunnen maken waarom de gelijksoortige activiteiten van L'Abri anders moeten worden geduid – namelijk als persoonlijk nut – dan de activiteiten van kerkelijke instellingen – namelijk als algemeen nut.²⁷ Uit het voorgaande blijkt dat de rechtbank haar kwalificatie baseerde op criteria die liggen buiten het rechtssubject. De rechtbank vergelijkt L'Abri immers met een kloosterorde. Ook wordt ten aanzien van de particuliere belangen de vergelijking gemaakt met een kerkelijke instelling. Vanwege deze criteria kunnen we stellen dat hier een objectiverende kwalificatiewijze is toegepast.

Ten vierde een uitspraak afkomstig van de Rechtbank Haarlem uit 2007 over een kerkgenootschap dat in een fabrieksloods 'kerkte'. Ook in deze zaak werd de vergelijking met traditionele kerken gezocht om de doelstelling en

25 Rb. Noord-Holland 5 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10428, r.o. 4.3.

26 Rb. Noord-Holland 5 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10428, r.o. 4.4.1.

27 Rb. Noord-Holland 13 augustus 2013, NTFR 2014/359, r.o. 4.4.2.

activiteiten te kwalificeren. De inspecteur was vanwege het uiterlijk van het kerkgebouw van oordeel dat het hier niet ging om een kerkelijke instelling. De rechter oordeelde echter dat het uiterlijk van de kerk niets afdeed aan haar doelstelling en de activiteiten van de stichting.²⁸ De rechtbank overweegt:

‘Uit haar statuten blijkt dat de Stichting zich tot doel stelt het Christendom te (doen) belijden en te verspreiden onder de mensheid. De activiteiten die zij daartoe ontplooit blijken haar huidige website, eisers toelichting en door haar uitgegeven schriftelijke uitnodigingen of folders, zijn ook geheel in overeenstemming met die doelstelling.’

En:

‘Dat de Stichting voorts “kerkt” in een gehuurd gebouw op een industrieterrein is geenszins ongebruikelijk, aangezien niet ieder kerkgenootschap beschikt over een eigen kerkgebouw met de uiterlijke kenmerken van dien.’²⁹

In deze zaak maakt de rechter gebruik van een subjectiverende kwalificatiewijze omdat hij uitgaat van de uitingen van het genootschap zelf (statuten) om de doelstelling en de activiteiten te kwalificeren. Toch is dit niet helemaal juist omdat de rechter in zijn woordkeuze een objectief kader laat doorschemeren. Hij stelt immers dat het niet *ongebruikelijk* is om in een loods te kerken. Deze woordkeuze veronderstelt dat het vaker voorkomt en dat het daarom geen probleem is.

Ten vijfde een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag uit 2010 over een stichting die als doelstelling heeft het verspreiden van het Evangelie, en daartoe jaarlijks vakantiecampen organiseert voor kinderen. Hoewel het hof oordeelde dat de doelstelling uit het statuut ‘het verspreiden van het evangelie’ het algemeen nut diende, had deze instelling volgens het hof toch geen recht op een ANBI-status omdat de feitelijke werkzaamheden onvoldoende bij deze doelstelling aansloten. Het hof stelde dat de Bijbelstudie in de ochtenduren de enige activiteit was ‘die rechtstreeks dient om de boodschap van het Evangelie te verspreiden’.³⁰ Het in de avond vertonen van christelijke speelfilms zou volgens het hof onvoldoende zijn om ‘de boodschap van het evangelie te verspreiden’. Het hof kwam dan ook tot de conclusie dat niet was voldaan aan het (toenmalige) vereiste van 50% algemeen belang (nu is dat 90%). Het hof lichtte verder niet toe welke criteria bepalen of een activiteit ‘het verspreiden van het evangelie’ dient. De belanghebbende voerde aan dat

28 Rb. Haarlem 30 mei 2007, nr. 05/06200, V-N 2008/13.5, r.o. 3.3.

29 Rb. Haarlem 30 mei 2007, nr. 05/06200, V-N 2008/13.5, r.o. 4.3.

30 Gerechtshof ‘s-Gravenhage ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1418, r.o. 6.5.

het organiseren van het kamp een middel was om dit doel te verwezenlijken. Het hof had hier geen boodschap aan. We kunnen de kwalificatie van het hof uitleggen als een autonome kwalificatie. Het hof beoordeelt op eigen inzicht wat wel en wat geen activiteiten zijn die dienen om de boodschap van het evangelie te verspreiden.³¹

Ten slotte de uitspraken over de Scientology Kerk. Naast de bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad in 2003 zijn hierover nog meer uitspraken geweest. Centraal stonden de activiteiten 'auditing en training'. De leer van Scientology gaat onder andere ervan uit dat de mens bestaat uit een fysiek lichaam, een geest en een spiritueel wezen (de *thetan*). De *thetan* is onsterfelijk. Volgens 'scientologen' moet de mens zich door 'auditing' en 'training' losmaken van het stoffelijke universum en zijn spirituele trauma's.³² Bij *auditing* gaat het erom dat het individu zijn spirituele obstakels onderzoekt en overwint (het wegnemen van persoonlijkheidsstoornissen) en zich verheft door een reeks van oplopende niveaus van geestelijke gewaarwording te doorlopen (verbeteren van de persoonlijkheid). De trainingen zijn gericht op verdieping van de kennis van Scientology en de opleiding tot 'Auditor'. Voor zowel *auditing* als *training* wordt door de Scientology Kerk aan de deelnemers een fikse vergoeding gevraagd.

Ten aanzien van de vraag of 'auditing en training' in voldoende mate het algemeen belang dienen werd door het Gerechtshof Amsterdam in 2003³³ en in een andere soortgelijke zaak in 2013 geoordeeld dat deze activiteiten het algemeen belang dienen omdat ze niet te onderscheiden zijn van religieuze activiteiten van andere kerkelijke instellingen. Dat voor deze activiteiten veel geld moest worden betaald was volgens het hof geen reden om te oordelen dat er sprake is van (semi-)commerciële activiteiten (die slechts het particuliere belang dienen). Voor de uitspraak in 2013 riep het Gerechtshof Amsterdam de hulp in van een deskundige (een godsdienstsocioloog). Die stelt dat de wijze van financiering van de Scientology Kerk niet fundamenteel verschilt van die van andere kerkgenootschappen. Het verschil tussen de Scientology Kerk en andere kerkgenootschappen is volgens de deskundige dat de eerste niet zoals de laatste over 'oud' eigen vermogen beschikt waardoor er naar andere financiële middelen moet worden gezocht. Daarom worden voor de cursussen van *auditing* en *training* hoge tarieven gehanteerd. Naar het oordeel van het hof is de keuze om inkomsten te vragen voor de uitoefening van religieuze activiteiten daarom niet voldoende om te oordelen dat deze activiteiten niet-religieus van aard zijn. Volgens het hof zijn 'auditing en

31 Gerechtshof 's-Gravenhage 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1418, r.o. 4.3. Zie voor m.i. autonome kwalificatie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 juni 2013, *NTFR* 2013/1380, m.nt. D. Molenaar en Rb. Den Haag 17 maart 2010, *NTFR* 2010/1730.

32 HR 7 november 2003, *BNB* 2004/30, *NTFR* 2004/1886, r.o. 2.6.

33 Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2002, nr. P00/1576 (ongepubliceerd).

training' uitsluitend kerkelijke activiteiten en is de Scientology Kerk daarom een ANBI.³⁴

Beide bovengenoemde arresten werden door de Hoge Raad vernietigd. In 2003 had de Hoge Raad overwogen dat het hof onvoldoende had gemotiveerd waarom 'auditing en training' het algemeen belang dienen:

'(...) doch zonder nadere motivering, welke ontbreekt, is niet duidelijk waarom dit een en ander meebrengt dat de door SKA – tegen min of meer commerciële tarieven – gegeven cursussen niet primair particuliere belangen dienen.'³⁵

In 2014 overwoog de Hoge Raad dat:

' (...) als regel [dient] te gelden dat activiteiten waarvoor in beginsel een commerciële prijs wordt gerekend, zijn aan te merken als activiteiten die primair particuliere belangen dienen, ook als deze activiteiten een onderdeel vormen van de religieuze beleving.'³⁶

In bovengenoemde arresten stond buiten kijf dat de Scientology Kerk een kerkelijke instelling is. Reeds in het arrest uit 2003 stelt de Hoge Raad:

'Bij de beoordeling van het middel dient het volgende te worden vooropgesteld. In cassatie is onbestreden dat [belanghebbende] is aan te merken als een kerkelijke of levensbeschouwelijke instelling in de zin van artikel 47 van de Wet.'³⁷

We kunnen stellen dat de Hoge Raad in navolging van het Gerechtshof Amsterdam de doelstelling van Scientology Kerk als religieus kwalificeert. Uit de arresten komt niet naar voren waar hij deze kwalificatie op baseert. Ook staat vast dat de Hoge Raad in navolging van het Gerechtshof Amsterdam de activiteiten 'auditing en training' kwalificeert als godsdienstige gedragingen. In 2014 stelt hij:

'Voorts kan de omstandigheid dat de verzorging door belanghebbende van auditing en trainingen een onderdeel vormt van de religieuze beleving en een middel is om het geloof dat belanghebbende aanhangt te verspreiden, niet zonder meer tot de gevolgtrekking leiden dat de daarmee samenhan-

34 Gerechtshof Amsterdam 17 oktober 2013, *NTFR* 2013/2068, r.o. 5.5.

35 HR 7 november 2003, *BNB* 2004/30, *NTFR* 2004/1886.

36 HR 12 december 2014 *ECLI:NL:HR:2014:3565*. Zie een bevestiging van dit arrest in HR 25 november *ECLI:NL:HR:2016:2665*.

37 HR 7 november 2003, *BNB* 2004/30, *NTFR* 2004/1886.

gende werkzaamheden rechtstreeks erop gericht zijn enig algemeen belang te dienen.’³⁸

We kunnen niet uit de arresten afleiden op grond waarvan de Hoge Raad de activiteiten kwalificeert als religieus. Mogelijk ziet de Hoge Raad net als het Gerechtshof Amsterdam een gelijkenis tussen de activiteiten van de Scientology Kerk en de activiteiten van andere kerkelijke of levensbeschouwelijke instellingen.

Het knelpunt in de jurisprudentie over de Scientology Kerk is niet zozeer of de activiteiten van de Scientology Kerk religieus van aard zijn maar of ze voldoende het algemeen belang dienen (50% en vanaf 2010 90%). Toch speelt het begrip godsdienst wel een belangrijke rol in deze zaken omdat het Gerechtshof Amsterdam een gelijkenis ziet tussen de activiteiten van de Scientology Kerk en de activiteiten van andere kerkelijke instellingen waarvan wel wordt aangenomen dat ze het algemeen belang dienen. Een dergelijke vergelijking kunnen we als objectiverend beschouwen. Het hof legt de activiteiten van de Scientology Kerk uit in het licht van de activiteiten van bekende gevestigde godsdiensten. Daarbij wordt bovendien gebruik gemaakt van een deskundige. De Hoge Raad bekijkt deze kwestie echter vanuit een ander perspectief en overweegt in navolging van de wetsgeschiedenis³⁹ dat religieuze activiteiten die commercieel van aard zijn per definitie niet het algemeen belang dienen. Daarmee wordt een discussie over de religieuze aard van de activiteiten van de Scientology Kerk (en daarmee over de uitleg van godsdienst) vermeden. We kunnen op grond van deze uitspraak concluderen dat de huidige rechtsopvatting is dat godsdienst of levensbeschouwing het algemeen belang dient, tenzij de godsdienst of levensbeschouwing commercieel van aard is, dan dient godsdienst of levensbeschouwing een particuliere belang.

In het kader van de ANBI-status worden de doelstellingen en de activiteiten getoetst op hun bijdrage aan het algemeen belang. Godsdienst telt in beginsel als algemeen belang. De uitzondering hierop is wanneer godsdienst of levensbeschouwing commercieel van aard is. Over het algemeen is het dus zo dat de kwalificatie van de doelstelling en activiteiten van een instelling als godsdienstig ook betekent dat deze activiteiten het algemeen belang dienen. De rechter probeert in veel gevallen de doelstelling en de activiteiten van de instelling in een objectief kader te plaatsen. Dit kan expliciet gebeuren door het inroepen van hulp van deskundigen maar ook impliciet door de vergelijking te maken met de activiteiten van de meer traditionele kerkelijke instellingen. In sommige gevallen is niet duidelijk waarop de rechter zijn kwalificatie baseert.

38 HR 12 december 2014 ECLI:NL:HR:2014:3565.

39 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 930, nr. 3, p. 17.

15.4 LEGITIMATIE VAN DE KWALIFICATIE VAN DE DOELSTELLING EN DE FEITELIJKE ACTIVITEITEN ALS RELIGIEUS

Voorheen kreeg een kerkelijke instelling belastingvoordelen omdat het een kerkelijke instelling was. Men ging zonder meer ervan uit dat de doelstelling en de activiteiten die werden ondernomen door de kerk religieus van aard waren. Tegenwoordig moet een kerkelijke instelling dit bewijzen. Zoals uit de analyse van de vorige paragraaf blijkt gaat de rechter bij de toetsing hiervan in veel gevallen uit van een objectiverende kwalificatie. Hij neemt niet de verklaring van de instelling als uitgangspunt maar gebruikt objectieve criteria om te toetsen of de doelstelling en activiteiten religieus van aard zijn. Waar komt deze verandering in benadering vandaan? We moeten om dit te duiden terug in de geschiedenis. Wanneer we de Bataafse staatsregelingen van 1798 en 1801 raadplegen,⁴⁰ dan zien we dat het destijds de normaalste zaak van de wereld was dat religie in het algemeen belang was.⁴¹ Zo staat er in artikel 8 van de Bataafse staatsregeling dat: 'De eerbiedige erkenning van een Albestuurend Opperwezen *versterkt de banden der maatschappij*, en blijft iederen Burger ten duursten aanbevolen.' En in artikel 11 van de staatsregeling van 1801 staat: 'Alle Kerkgenootschappen, *welke ter bevordering van deugd en goede zeden een Hoogst Wezen eerbiedigen en hulde doen*, genieten eene gelyke bescherming der Wetten.' Uit de bewoordingen van deze bepalingen kunnen we opmaken dat het voor de toenmalige 'wetgever' zonneklaar was dat godsdienst een zaak was die de banden van de maatschappij versterkt en die de deugd en de goede zeden bevordert.⁴²

Wanneer we wat minder ver terug gaan in de geschiedenis dan zien we dat er een kleine verandering optreedt. Zo noemt de regering⁴³ in de Memorie van Toelichting van de Wet Premie Kerkenbouw (1960) als reden voor subsidie van de bouw van kerken het volgende argument:

40 Zie voor deze regelingen denerlandsegrondwet.nl, zoek bij 'versies Grondwet'.

41 Mogelijk dat deze opvatting uiteindelijk is terug te voeren op een gematigd theocratisch ideaaltype. Voor de Franse inval ten tijde van de Republiek had Nederland immers een soort staatsgodsdienst (of publieke kerk). Het is goed denkbaar dat de staat vanuit het belang van de publieke godsdienst deze kerk belastingtechnisch heeft willen bevoorrechten. Historisch onderzoek (dat het bestek van dit onderzoek te buiten gaat) zou hierover uitsluitsel kunnen geven.

42 De Bataafse Staatsregeling van 1798 was indirect geïnspireerd op de Franse *Déclaration des droits de l'homme*. In Nederland werd het idee van burgerlijke vrijheden en gelijkheid echter niet zoals in Frankrijk tegengesteld geacht aan de christelijke principes. Zo zou de opsteller van de Nederlandse Verklaring van de rechten van de mens en van de burger uit 1995, de Bataafse voorman Pieter Paulus (advocaat en curator van de Universiteit van Leiden), een zeer religieus man zijn geweest. Vandaar dat er in de Staatsregelingen christelijke elementen aanwezig zijn. Zie hierover: Schoots 2010.

43 Op basis van het rapport van de Commissie-Sassen.

‘De in brede lagen van het Nederlandse volk bestaande overtuiging, dat *een krachtig kerkelijk leven van zodanig openbaar belang is*, dat het reeds daarom de overheid niet onverschillig kan laten, of de kerkgenootschappen in het huidige bestel ook materieel in staat zijn hun taak op adequate wijze te volvoeren.’⁴⁴

Duidelijk is dat de wetgever nog steeds ervan uitgaat dat godsdienst een zaak van algemeen belang is. Alleen in tegenstelling tot de Bataafse wetgever stelt de wetgever van 1960 niet klip en klaar dat godsdienst een zaak van algemeen belang is, maar verwijst hij hiervoor naar de opvattingen in de maatschappij. De recente wetgever heeft vervolgens weer zijn eigen benadering. In de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel van de AWR vinden we een summiere toelichting van de kwalificatie van religie als algemeen belang. Er wordt gesteld dat kerkgenootschappen een lange traditie hebben van filantropie. Om die reden zouden kerkgenootschappen bij uitstek passen binnen het concept van algemeen nut beogende instelling.⁴⁵ De wetgever van 2012 vindt dus dat kerkgenootschappen het algemeen belang dienen onder andere vanwege hun traditie van filantropie.

We zien in bovenstaande benaderingen een ontwikkeling waar de wetgever zich meer op afstand plaatst van godsdienst. We kunnen de toenemende terughoudendheid om de gemeenschappelijke godsverering expliciet te bestempelen als zaak van het algemeen belang verklaren vanuit het liberale beginsel van scheiding tussen kerk en staat. Vanaf de liberale Grondwet van 1848 werd de scheiding tussen kerk en staat strikter uitgelegd. Ten tijde van het ontstaan van de Staatsregelingen ging men wel uit van de scheiding tussen de instituties maar vond men het nog niet een groot probleem wanneer de staat zich bemoeide met de godsdienst in algemene zin.⁴⁶ Om die reden kunnen we stellen dat het voor de opsteller van de Staatsregelingen nog geen probleem was om de gemeenschappelijke godsverering zelf te zien als een zaak van algemeen belang. Het is voor de huidige wetgever vanuit dit liberale perspectief makkelijker om een wat meer ‘neutraal aspect’ van godsdienst zoals filantropie te duiden als zaak van het algemeen belang dan een theologisch aspect als de gemeenschappelijke godsverering.

We kunnen de huidige objectiverende kwalificatiewijze verklaren vanuit de toenemende afstand die de staat onder invloed van het liberalisme kreeg van godsdienst. In het oude model stond niet ter discussie dat godsdienst en de plaatsen waar godsdienst werd bedreven: de kerkelijke instellingen, het algemeen belang dienden. Men twijfelde niet eraan dat de doelstellingen en activiteiten van kerkelijke instellingen een religieus karakter hadden. Men

⁴⁴ *Kamerstukken II* 1960/61, 6260, nr. 3, p. 1.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 006, nr. 3, p 25.

⁴⁶ Zie hierover: Schoots 2010.

nam dit aan. We zien vervolgens onder invloed van het liberale model dat de staat zich op afstand gaat plaatsen van de godsdienst. Dit schemert door in de toelichting van de Memorie van Toelichting van de Wet Premie Kerkenbouw. Daaruit kunnen we opmaken dat godsdienst het algemeen belang dient, niet omdat onomstotelijk vast staat dat dit zo is, maar omdat er brede lagen in de samenleving zijn die dit vinden. Uit deze motivering blijkt de toenemende invloed van het liberale gedachtegoed. De staat gaat zich neutraler opstellen ten opzichte van godsdienst en kerkelijke instellingen. Het gevolg is dat niet zomaar wordt gesteld dat kerkelijke instellingen bijdragen aan het algemeen belang. De focus verschuift ten slotte naar de activiteiten van kerkelijke instellingen. Ze moeten aan de hand van hun doelstelling en feitelijke activiteiten gaan bewijzen dat deze religieus van aard zijn en daarmee het algemeen belang dienen.⁴⁷

15.5 CONCLUSIE

15.5.1 *Wat is het juridische begrip van godsdienst?*

Naar aanleiding van de ANBI-regeling kunnen giften aan kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen worden afgetrokken van de inkomstenbelasting (artikel 6.33 Wet inkomstenbelasting 2001) en geldt voor kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen dat zij als ontvanger van schenkingen en erfenissen zijn vrijgesteld van de schenk- en erfbelasting. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat kerkelijke instellingen deze vrijstellingen eerder genoten omdat ze kerkelijke instellingen waren. Wanneer uit de doelstelling van een instelling bleek dat ze godsdienstig of levensbeschouwelijk was, werd hierin het kader van de ANBI-status in beginsel van uit gegaan. In 2003 veranderde dit. Vanaf toen moesten de doelstellingen en de activiteiten getoetst worden op hun algemeen belang. Godsdienst telt in beginsel als zaak van algemeen belang. De uitzondering hierop is wanneer godsdienst of levensbeschouwing commercieel van aard is. Over het algemeen is het dus zo dat de kwalificatie van de doelstelling en activiteiten van een instelling als godsdienst ook betekent dat deze activiteiten het algemeen belang dienen. De rechter probeert in veel gevallen de doelstelling en de activiteiten van de instelling in een objec-

⁴⁷ Van Kooten stelt dat kerkgenootschappen in de geschiedenis altijd taken hebben vervuld die samenvallen met algemeen maatschappelijke doeleinden. Hij wijst op de ondersteuning van financieel behoeftigen, de opvang van bejaarden, de ziekenzorg, het onderwijs en de opvoeding. Volgens Van Kooten is dit gegeven voor de wetgever zo vanzelfsprekend geweest dat in de wetsgeschiedenis nauwelijks wordt gemotiveerd waarom kerkelijke activiteiten een bijdrage vormen aan het algemeen belang. Van Kooten 2011, p. 78.

tief kader te plaatsen. Dit kan expliciet gebeuren door het invoeren van hulp van deskundigen maar ook impliciet door de vergelijking te maken met de activiteiten van de meer traditionele kerkelijke instellingen. In sommige gevallen is niet duidelijk waarop de rechter zijn kwalificatie baseert.

De conclusie kan worden getrokken dat deze ontwikkeling een verschuiving betekende van een situatie waarin activiteiten op grond van de religieuze doelstelling als vanzelf werden gekwalificeerd als religieus naar een situatie waarin deze activiteiten slechts als religieus worden gekwalificeerd indien ook daadwerkelijk kan worden aangetoond dat ze religieus zijn. Er kan daarom worden gesteld dat er ten aanzien van de ANBI-status van kerkgenootschappen een objectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd.

15.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De wijze van kwalificeren bij de ANBI-regeling kan worden geassocieerd met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Vanwege een toenemende liberale invloed is er een toenemende afstand ontstaan tussen de staat en de godsdienst. In het oude model stond niet ter discussie dat godsdienst en de plaatsen waar godsdienst werd bedreven: de kerkelijke instellingen, het algemeen belang dienden. Van oorsprong was dit ingegeven door de verwevenheid van de kerk met de staat. Men twijfelde niet eraan dat de doelstellingen en activiteiten van kerkelijke instelling een religieus karakter hadden. Door de toenemende afstand van de staat ten opzichte van de godsdienst veranderde dit. Deze afstand werd ingegeven door het liberale uitgangspunt van scheiding tussen kerk en staat. Vanuit het liberale gedachtegoed is de staat zich neutraal gaan opstellen ten opzichte van godsdienst en kerkelijke instellingen. Het gevolg is dat niet zomaar wordt aangenomen dat kerkelijke instellingen bijdragen aan het algemeen belang maar dat ze dit aan moeten gaan bewijzen door aan te tonen dat de feitelijke activiteiten religieus van aard zijn.

16.1 INLEIDING

Naast de ANBI-regeling kunnen kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen een belastingvoordeel genieten op grond van de eredienstvrijstelling in de onroerendezaakbelasting. 'Onroerende zaken die in hoofdzaak zijn bestemd voor de openbare eredienst of voor het houden van openbare bezinningssamenkomsten van levensbeschouwelijke aard, met uitzondering van delen ervan die dienen als woning', zijn vrijgesteld van onroerendezaakbelasting. De grondslag voor dit belastingvoordeel is te vinden in artikel 2 sub g Uitvoeringsregeling uitgezonderde objecten Wet waardering onroerende zaken¹ en artikel 220d sub c Gemeentewet.² Deze bepalingen overlappen elkaar. De eerste bepaling regelt dat er geen waarde wordt toegekend aan het (religieuze of levensbeschouwelijke) belastingobject en de tweede bepaling dat bij de vaststelling van de heffingsmaatstaf de waarde van het (religieuze of levensbeschouwelijke) belastingobject buiten beschouwing wordt gelaten. Het resultaat is dat kerkelijke, religieuze of levensbeschouwelijke instellingen geen onroerendezaakbelasting hoeven te betalen: de zogenaamde kerkenvrijstelling.³

Wanneer een kerkelijke, religieuze of levensbeschouwelijk instelling aanspraak wil maken op deze vrijstelling dient te zijn voldaan aan een aantal elementen die in het kader van de juridische uitleg van godsdienst interessant zijn. Zoals uit de wet blijkt moet de vrijstelling zijn aangevraagd ten aanzien van een 'onroerende zaak die in hoofdzaak is bestemd voor de openbare eredienst of het houden van openbare bezinningssamenkomsten'. Dit levert in het kader van dit proefschrift vier kwalificatievragen op. Ten eerste wat een eredienst is, ten tweede wat een bezinningssamenkomst is, ten derde wat in dit verband een onroerende zaak is, en ten vierde wanneer een onroerende zaak *in hoofdzaak* geschikt is voor de eredienst of een bezinningssamenkomst. In paragraaf 16.2 bespreek ik de wijze(n) waarop naar aanleiding van deze vragen wordt gekwalificeerd en in paragraaf 16.3 behandel ik de legitimatie hiervan. Ter afsluiting volgt in paragraaf 16.4 een conclusie.

1 Besluit van de staatssecretaris Financiën d.d. 21 december 1994, *Stcrt.* 1994, 252.

2 De onroerendezaakbelasting is een gemeentelijke belasting die op grond van art. 220 Gemeentewet door gemeenten mag worden geheven over het gebruik en het genot van onroerende zaken.

3 Van Kooten 2011, p. 90.

16.2 KWALIFICATIE ALS 'ONROERENDE ZAAK DIE IN HOOFDZAAK IS BESTEMD
VOOR DE OPENBARE EREDIENST OF OPENBARE BEZINNINGSSAMENKOMST'

16.2.1 'Eredienst'

In 1980 bepaalde de Hoge Raad in een zaak over de vraag of 'kinderwerk, vergaderingen en catechisatie' ook valt onder de term 'eredienst', dat deze term naar algemeen geldend spraakgebruik moet worden uitgelegd.⁴ Welke betekenis dit ten aanzien van de term eredienst vervolgens oplevert maakt de Hoge Raad in dit arrest niet duidelijk. Hij staat niet afwijzend tegenover de uitleg die het Gerechtshof Den Haag in deze zaak hieraan gaf. Dat omschreef de eredienst als '... een in beginsel voor een ieder toegankelijke bijeenkomst tot gezamenlijke verering van een opperwezen, waarbij zekere vormvoorschriften (liturgie, orde van dienst, ritueel) in acht genomen worden'.⁵ In ieder geval stelt de Hoge Raad op basis van een grammaticale interpretatie dat met uitzondering van de openbare jeugd- en kinderdiensten onder het begrip eredienst niet ondersteunende activiteiten vallen, zoals 'de vergaderingen van de kerkenraad, van de kerkvoogdij, van de diaconie en van kerkelijke commissies, het catechisatie-onderwijs en het kerkelijk jeugdwerk'.⁶ We kunnen de duiding van het begrip eredienst op grond van het algemeen spraakgebruik zien als een vorm van objectiverende kwalificatie. De betekenis van eredienst wordt immers verklaard op grond van een algemene bron, namelijk het gangbare spraakgebruik. De duiding van eredienst door het hof die erop neerkomt dat het gaat om het vereren van een opperwezen sluit vermoedelijk aan bij het gangbare spraakgebruik.

De regering volgt in 1990 de Hoge Raad in zijn grammaticale interpretatie en stelt in het kader van het wetsvoorstel 'herziening Gemeentewet met betrekking tot de materiële belastingbepalingen' geen reden te zien om de vrijstelling uit te breiden naar activiteiten die naar algemeen spraakgebruik niet onder de eredienst vallen.⁷ De staatssecretaris De Graaff-Nauta stelt dat een uitleg van de term eredienst volgens het spraakgebruik redelijk is. En:

4 HR 7 mei 1980, *BNB* 1980/177.

5 HR 7 mei 1980, *BNB* 1980/177.

6 HR 7 mei 1980, *BNB* 1980/177. Deze uitleg van de term eredienst kan men eigenlijk ook al vinden bij de wetgever van de Wet Premie Kerkenbouw. Die spreekt over '... activiteiten buiten de eigenlijke eredienst, zoals jeugdwerk, toneel-, zang- en muziekkuitvoeringen e.d.'. *Kamerstukken II* 1960-1961, 6260, nr. 3, p. 8.

7 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 591, nr. 3, p. 25 (MvT); zie ook *Handelingen II* 1991/92, 15, p. 810 en ook 'Wetsvoorstel herziening Gemeentewet met betrekking tot de materiële belastingbepalingen', *BB* 1992/156.

‘Wij [de regering, JV] zien geen aanleiding om de vrijstelling uit te breiden naar activiteiten, die naar het spraakgebruik niet onder de openbare eredienst vallen. Naar mijn mening bestaat daaraan ook weinig behoefte.’⁸

In 2003 werd het Hof Arnhem geconfronteerd met de vraag of de doorde-weekse bijeenkomsten van de Apostolische Kerkgemeenschap ook vielen onder de ‘eredienst’. Het doel van deze bijeenkomsten was de verdere studie en bezinning op het thema dat de zondag daaraan voorafgaand in de eredienst besproken was. Het hof overwoog dat volgens het woordenboek de Van Dale de term ‘eredienst’ moet worden opgevat als ‘gezamenlijke, openbare vorm van godsverering’ en dat de bijeenkomsten van de Apostolische Kerkgemeenschap hieronder kunnen worden geschaard. Het Hof Arnhem volgt de Hoge Raad in zijn taalkundige uitleg van de term eredienst. We kunnen daarom stellen dat hier, zoals bepaald door de Hoge Raad, een objectiverende kwalificatie werd toegepast. Overigens roept deze kwalificatie de vraag op waarin de doorde-weekse bijeenkomsten van de Apostolische Kerkgemeenschap nu verschillen met bijvoorbeeld het catechisatieonderwijs van andere kerkgenootschappen. Die bijeenkomsten zijn volgens de Hoge Raad immers slechts ondersteunende activiteiten van de eredienst.⁹

In 2009 oordeelde de Rechtbank Roermond dat de bijeenkomsten in een uitvaartcentrum niet konden worden gekwalificeerd als ‘eredienst’:

‘Van een openbare eredienst is naar dezerzijds oordeel sprake indien er sprake is van gezamenlijke verering van een Opperwezen of, zoals bij sommige godsdiensten, van Opperwezens, die voor een ieder toegankelijk is. Van zodanige diensten is in het uitvaarthuis geen sprake.’

Dat bij afscheidsdiensten en herdenkingsdiensten ook de godsdienstige overtuiging van de overledene aan de orde komt brengt volgens de rechtbank niet mee dat er sprake is van een eredienst. Ook het feit dat deze diensten worden gehouden door bijvoorbeeld een priester verandert volgens de rechtbank niet het karakter van deze diensten. In de zienswijze van de rechtbank staat het afscheid nemen van een overledene voorop en niet de verering van een opperwezen.¹⁰ De rechtbank geeft in deze zaak een eigen uitleg aan de term eredienst. Zij brengt immers niet naar voren waar haar definitie is gebaseerd. Vervolgens toetst zij de betreffende activiteiten aan deze definitie. We kunnen daarom stellen dat dit een voorbeeld is van autonome definiëring. In hoger beroep overwoog het hof:

⁸ *Handelingen II* 1991/92, 15, p. 810.

⁹ Gerechtshof Arnhem 14 juli 2003, *BB* 2003/970, m.nt. Kruimel.

¹⁰ Rb. Roermond 20 mei 2009, *ECLI:NL:RBROE:2009:BI8824*, *BB* 2009/901.

‘Dat bij het houden van bedoelde afscheids- en herdenkingsfeesten voor overledenen ook religieuze of levensbeschouwelijke elementen aan de orde komen maakt niet dat het uitvaartcentrum voor religieuze en/of levensbeschouwelijke diensten is bestemd.’

Het hof stelt vervolgens dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat het uitvaartcentrum in hoofdzaak is bestemd voor de openbare eredienst.¹¹

Op grond van bovenstaande zaken kunnen we concluderen dat de term ‘eredienst’ volgens de Hoge Raad op grammaticale wijze moet worden uitgelegd. We kunnen dit zien als een objectiverende kwalificatie omdat de term wordt uitgelegd aan de hand van het algemeen aanvaard spraakgebruik. De wetgever heeft vervolgens deze wijze van kwalificeren onderschreven. Op grond van de wetsgeschiedenis en de rechterlijke uitspraken valt niet te achterhalen waarom voor deze wijze van kwalificeren is gekozen. De uitspraak van de Rechtbank Roermond lijkt een uitzondering. Deze geeft een meer autonome definitie van de term eredienst. De reden daarvoor blijkt niet uit de uitspraak.

16.2.2 ‘Bezinningssamenkomst’

Bij de totstandkoming van artikel 220d Gemeentewet dat de vrijstelling voor onroerendezaakbelasting voor kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen regelt, wordt ten aanzien van de term ‘bezinningssamenkomst’ verwezen naar de Wet Premie Kerkenbouw.¹² Deze wet regelde destijds de subsidie aan kerkgenootschappen en ‘andere genootschappen op geestelijke grondslag’ voor het bouwen van nieuwe kerken en ‘beziningscentra’. In de Wet Premie Kerkenbouw wordt voor het eerst over ‘bezinning’ en ‘beziningscentra’ gesproken. De regering spreekt in het kader van die wet over:

‘... rechtspersoonlijkheid bezittende genootschappen op geestelijke grondslag, andere dan kerkgenootschappen, ter zake van de stichting van gebouwen, welke bestemd zijn tot het houden van openbare bijeenkomsten voor het gezamenlijk beleven van en zich bezinnen op de aan die genootschappen ten grondslag liggende levensovertuiging.’¹³

We kunnen hieruit afleiden dat een bezinningssamenkomst betrekking heeft op levensovertuiging. De wetgever geeft verder geen afgebakende definitie

11 Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 2 december 2010, *NTR* 2011/912, r.o. 4.9.

12 *Kamerstukken II* 1970/71, 9538, nr. 37 (amendement Vellinga-Franssen).

13 *Kamerstukken II* 1960/61, 6260, nr. 3, p. 6.

van 'bezinningssamenkomst'. In de literatuur stelt men dat de bezinnings-samenkomsten een geestelijk karakter dienen te hebben zonder dat er sprake is van een erediens. Het verschil zou er in zijn gelegen dat de kerkgenootschappen bijeenkomsten organiseren ter verering van een opperwezen en dat genootschappen op geestelijke grondslag bijeenkomsten organiseren ter beleving van en bezinning op de aan die genootschappen ten grondslag liggende levensovertuiging.¹⁴ Met de term genootschappen op geestelijke grondslag bedoelt de wetgever, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, 'niet-kerkelijke organisaties – zoals het Humanistisch Verbond – die zich de bevordering van het geestelijk leven harer leden ten doel stellen'.¹⁵ We kunnen uit de wetsgeschiedenis afleiden dat de wetgever met de opnemings van de term 'bezinningssamenkomsten' tegemoet wilde komen aan burgers die geen lid waren van een kerkgenootschap maar in plaats daarvan van een genootschap op geestelijke grondslag. Scherff gaat ervan uit dat ook de betekenis van de openbare bezinningssamenkomst naar gangbaar spraakgebruik moet worden uitgelegd.¹⁶ Deze uitleg is vanuit het gelijkheidsbeginsel geredeneerd niet onwaarschijnlijk. Aangezien godsdienst en levensbeschouwing (in 1983) juridisch aan elkaar gelijk zijn gesteld, is er veel voor te zeggen dat de bijeenkomsten van levensovertuigingen net als die van godsdiensten naar gangbaar spraakgebruik moeten worden uitgelegd.

In dit kader is een arrest van het Hof Arnhem uit 2004 over de OZB-vrijstelling van een klaslokaal interessant. Dat overwoog in een geschil dat ging over de kwalificatie van christelijke activiteiten voor kinderen, jongeren en vrouwen:

'Belanghebbende [de kerk, JV] maakt met hetgeen zij aanvoert aannemelijk dat de volgende door haar beschreven bijeenkomsten in de klaslokalen (namelijk bijeenkomsten waarbij kinderen uit christelijke liederenbundels zingen, verhalen uit de Bijbel lezen, knutselen met christelijk materiaal, video's met Bijbelse thema's kijken; vergelijkbare bijeenkomsten voor vrouwen en jongeren; gebedsbijeenkomsten) onder de noemer bezinningssamenkomsten van levensbeschouwelijke aard kunnen worden gerangschikt (...)'.¹⁷

Klaarblijkelijk was het hof van oordeel dat deze bijeenkomsten die een christelijk karakter droegen konden worden gekwalificeerd als levensbeschouwelijk. Het hof geeft geen motivering waarom deze activiteiten als 'bezinningssamenkomsten' moeten worden gekwalificeerd. Het hanteert daarmee een autonome wijze van kwalificeren. Van den Ban tekent in zijn annotatie bij dit

14 De Blicq e.a. online.

15 *Kamerstukken II* 1960-1961, 6260, nr. 3, p. 9.

16 Scherff 2016.

17 Gerechtshof Arnhem 28 september 2004, *BB* 2005/9, m.nt. Van den Ban, r.o. 4.

arrest aan dat het hof zich schuldig maakt aan een categoriefout. Hij stelt dat het onjuist is om deze activiteiten als bezinningsbijeenkomst te kwalificeren omdat een bezinningsbijeenkomst de 'eredienst' is van een geestelijk genootschap. Het betrof hier echter een kerkgenootschap dat activiteiten voor kinderen, jongeren en vrouwen organiseerde. Het doet volgens Van der Ban gekunsteld aan wanneer deze bijeenkomsten dan maar worden gerangschikt onder een categorie die in het leven is geroepen om de bijeenkomsten van levensovertuigingen vrij te stellen van belasting.¹⁸

Deze zaak roept de vraag op of de termen eredienst en bezinningsbijeenkomst, gezien vanuit het gelijkheidsbeginsel, wel een even ruime reikwijdte hebben. De term eredienst heeft vanuit het gangbare spraakgebruik een veel duidelijkere inhoud dan de term bezinningsbijeenkomst. Bij een eredienst kan men zich naar gangbaar spraakgebruik nog een voorstelling maken, met name wanneer het traditionele kerkgenootschappen betreft. Voor een bezinningsbijeenkomst is dit echter moeilijker. Want welke rituelen, gebruiken (orde van dienst, liturgie) zijn nu kenmerkend voor een bezinningsbijeenkomst?

In een zaak voor de Rechtbank Rotterdam in 2015 wordt ook door een kerkgenootschap geprobeerd om christelijke activiteiten die geen eredienst zijn in aanmerking te laten komen voor de kwalificatie bezinningssamenkomst in plaats van eredienst om zodoende toch vrijstelling te krijgen van de onroerendezaakbelasting. Het ging in dit geval om de activiteiten van de crèche, de Bijbelklassen, de Ga met God-club, de tienerclub, catechisatie en de bijeenkomsten van de mannen- en vrouwenvereniging. De rechtbank overwoog in dit geval echter:

'Met deze uitbreiding [dat naast openbare erediensten ook bezinningssamenkomsten in aanmerking komen voor belastingvrijstelling, JV] heeft de wetgever beoogd onroerende zaken die in hoofdzaak zijn bestemd voor dergelijke bijeenkomsten onder de vrijstelling te brengen teneinde geen onderscheid te maken tussen – kort gezegd – godsdienstige en andere levensbeschouwingen, niet om christelijke activiteiten die niet zijn aan te merken als een openbare eredienst alsnog onder de vrijstelling te brengen.'¹⁹

We zien hier dat de rechter op basis van de wetsgeschiedenis tot de kwalificatie komt dat hier geen sprake is van activiteiten in het kader van een bezinningssamenkomst. In 2016 bekrachtigt de Hoge Raad, na hoger beroep, de uitleg van de Rotterdamse rechter. Uit het arrest blijkt ondubbelzinnig dat de uitbreiding van de kerkenvrijstelling voor gebouwen voor openbare bezin-

18 Gerechtshof Arnhem 28 september 2004, *BB* 2005/9, m.nt. Van den Ban.

19 Rb. Rotterdam 25 november 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:8599*, r.o. 2.2.

ningssamenkomsten niet bedoeld was om alsnog christelijke activiteiten die niet zijn aan te merken als een eredienst, onder de vrijstelling te brengen.²⁰

Naar aanleiding van de term bezinningssamenkomst hanteert de wetgever een open definitie. De wetgever heeft de term echter zo afgebakend dat niet bedoeld is hieronder kerkelijke activiteiten te scharen. Aangezien voor de term eredienst in de jurisprudentie is bepaald dat hij naar gangbaar spraakgebruik moet worden uitgelegd ligt het gezien het gelijkheidsbeginsel voor de hand dat de grammaticale uitleg ook geldt voor de openbare bijeenkomst van levensovertuigingen. Ook voor openbare bezinningssamenkomst geldt in beginsel dus een objectiverende kwalificatiewijze. Hiervoor objectieve criteria vinden is echter lastig aangezien het gangbare spraakgebruik hierover weinig duidelijkheid geeft. Opmerkelijk is dat het Hof Arnhem een autonome kwalificatie hanteert en christelijke activiteiten onder deze term brengt. De Rechtbank Rotterdam en de Hoge Raad volgen wel weer de bedoeling van de wetgever en maken een scherp onderscheid tussen bijeenkomsten met een godsdienstig (eredienst) en die met een levensbeschouwelijk (bezingingssamenkomst) karakter.

16.2.3 'Onroerende zaak'

Volgens de regering vallen onder de terminologie 'onroerende zaak' 'alle gebouwen die bestemd zijn voor de openbare eredienst en openbare bezinningsbijeenkomsten, dus ook bijvoorbeeld moskeeën en synagogen'.²¹ De betekenis van de onroerende zaak volgt daarmee de uitleg van de term eredienst en openbare bezinningssamenkomst. In de jurisprudentie zijn er eigenlijk nagenoeg geen gevallen waar de terminologie 'onroerende zaak' ter discussie stond. Enkel kan gewezen worden op een zaak die diende voor de Rechtbank Overijssel van 2014. Daarin werd de rechter geconfronteerd met een onbebouwde onroerende zaak die voor de eredienst werd gebruikt. Het ging hier om een perceel grond dat gedurende zes feestdagen per jaar gebruikt werd voor openbare erediensten. Daarnaast gingen er wel eens mensen naar het perceel om te bidden na afloop van het vrijdaggebed. Hoewel de rechtbank aanvaardde dat de kerkenvrijstelling op een lap grond van toepassing kon zijn, oordeelde hij dat er geen sprake was van een 'onroerende zaak die *in hoofdzaak* is bestemd voor de openbare eredienst'. De mate van gebruik van het perceel voor de eredienst was in de zienswijze van de rechtbank onvoldoende om voor de vrijstelling in aanmerking te komen. Hierover in het navolgende meer.

20 HR 12 augustus 2016, nr. 15/05590, BNB 2016/200, V-N 2016/41.22.

21 *Kamerstukken II* 1993/94, 22 885, nr. 9, p. 13.

16.2.4 *Wanneer is een onroerende zaak in hoofdzaak bestemd voor de openbare eredienst of het houden van bezinningssamenkomsten?*

Voor de wijziging van de Gemeentewet begin jaren '70 van de vorige eeuw ging men ervan uit dat zaken die bestemd waren voor de eredienst zonder meer vrijgesteld waren van onroerendezaakbelasting (toen nog grondbelasting geheten in het kader van de Wet op de grondbelasting van 1897). Wanneer de eigenaar van een kerkgebouw verklaarde dat het bestemd was voor de eredienst kwam hij in aanmerking voor belastingvrijstelling. Dit was het geval onder de 'Wet op heffing van eene belasting naar het vermogen van instellingen van de doode hand'.²² In deze wet werd in artikel 3 een vrijstelling opgenomen ten aanzien van 'zaken voor de openbare eredienst bestemd'.²³ De minister verdedigt in 1933 in de aanloop van deze wet deze vrijstelling als volgt:

'Ten slotte heeft de ondergeteekende gemeend, dat in de regeling van een belasting op het vermogen in de doode hand een vrijstelling van kerkgebouwen en andere tot den openbaren eeredienst bestemde zaken niet mocht ontbreken. De belastingheffing ligt in de sfeer der economische dingen. De genoemde zaken zou hij willen beschouwen als "daar boven uit te zijn geheven".'

De minister verklaart waarom hij deze uitzondering heeft opgenomen:

'Ik wenschte niet, dat zaken, die bestemd zijn voor den eeredienst en die daardoor, zooals in de Memorie van Toelichting gezegd wordt, behooren tot de geestelijke sfeer, zouden worden bekeken met het oog van den schatter, die alleen naar verkoopwaarde ziet.'

En:

22 Wet van 5 oktober 1934, *Stb.* 1934, 528.

23 *Kamerstukken II* 1933/34, 203, 3 (MvT van Wet op heffing van eene belasting naar het vermogen van instellingen van de doode hand), p. 2. Zie voor de betekenis van de 'doodse hand' Wikipedia: 'Met inkomsten uit de dode hand worden opbrengsten bedoeld uit bezittingen van bijvoorbeeld kerkgenootschappen of charitatieve instellingen zoals armenhuizen en weeshuizen. Verhuur van gebouwen en grond leveren huur en pacht op, spaargelden en belegd vermogen brengen rente en dividend op. Van 1934-1939 werd in Nederland het vermogen van deze instellingen met een Belasting van de Doodse Hand belast' (geraadpleegd 15 januari 2018).

‘Uit hoofde van het respect voor den godsdienst, dat bij de Regeering aanwezig is, hebben wij dadelijk gezegd: die zaken, die zoo in de geestelijke sfeer liggen, moeten er buiten blijven, hoe het wetsontwerp ook mag worden.’²⁴

We komen de huidige terminologie ‘in hoofdzaak bestemd voor de eredienst’ in het kader van belastingheffing voor het eerst begin jaren ’70 van de vorige eeuw tegen bij de wijziging van de bepalingen inzake gemeentelijke en provinciale belastingen. In de wet waarin deze wijzigingen werden geregeld wordt onder andere gesteld dat gemeenten de autonomie hebben om belasting te heffen over onroerend goed. Kamerlid Kieft van de ARP brengt tijdens de parlementaire behandeling een amendement naar voren waarin hij bedingt dat bij AMvB regels gesteld moeten kunnen worden voor gebouwen die in hoofdzaak bestemd zijn voor de eredienst. Hij wil de autonomie van gemeenten enigszins beknotten met rijksbeleid ten aanzien van het heffen van belasting op onroerende zaken die in hoofdzaak zijn bestemd voor de eredienst. Zijn doel is om de dan bestaande vrijstelling voor onroerendezaakbelasting voor kerken te handhaven.²⁵ De term ‘hoofdzaak’ lijkt hij, hoewel dit niet blijkt uit de wetsgeschiedenis, te ontleen aan de Wet premie kerkenbouw. Daarin wordt in artikel 13 en 14 in het kader van de subsidie aan de bouw van kerken voor het eerst de formulering ‘in hoofdzaak bestemd voor de eredienst’²⁶ gebruikt. Het amendement-Kieft leidde ertoe dat in artikel 223 Gemeentewet (oud) een bepaling werd opgenomen die het mogelijk maakt dat per AMvB regels worden gesteld voor belastingvrijstellingen voor gebouwen die in hoofdzaak bestemd zijn voor de openbare eredienst.²⁷

Bij de wijziging van de Gemeentewet in 1991 vroeg de SGP-fractie de minister om meer duidelijkheid over de terminologie ‘in hoofdzaak bestemd voor’. De regering stelt:

‘De vraag of een object in hoofdzaak is bestemd voor de openbare eredienst zal aan de hand van de feitelijke omstandigheden moeten worden beoordeeld. Het bestemd zijn voor de openbare eredienst houdt in dat er een zekere duurzaamheid moet zijn in het nagestreefde gebruik van het gebouw. Over de vraag of er sprake is van het in hoofdzaak bestemd zijn voor de openbare eredienst, is in een aantal gevallen het oordeel gevraagd van de belastingrechter. In het licht van de jurisprudentie – zowel die met betrekking

24 *Handelingen II* 1933/34, 203, 67e vergadering, p. 2083.

25 *Handelingen II* 1970/71, 14e vergadering, p. 600.

26 Wet premie kerkenbouw 1962, *Stb.* 1962, 538. Deze formulering werd, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, overgenomen van de Commissie kerkenbouw (Commissie-Sassen) die de regering adviseerde over de subsidie voor de bouw van nieuwe kerken.

27 *Kamerstukken II* 1970/71, 9538, nr. 29 (*amendement-Kieft*).

tot de onroerendgoedbelastingen als die betreffende de inkomstenbelasting – is een gebouw in hoofdzaak bestemd voor de openbare eredienst indien dit voor ongeveer 65% het geval is. De wijze waarop dit aandeel wordt berekend gaat niet uit van de oppervlaktemaat, maar van de inhoudsmaat van de desbetreffende onroerende goederen. De belastingrechter heeft in onder meer de uitspraak van het Gerechtshof te Arnhem van 21 september 1979, nr. 72/1978, *BNB* 1981/55, geoordeeld dat de inhoudsmaat de voorkeur verdient boven de oppervlaktemaat, omdat door de grotere aantallen personen die in grote ruimten vertoeven een grotere plafondhoogte noodzakelijk is. Overigens kan dat bij andere gebouwen weer anders liggen.²⁸

In 1991 stelt de Hoge Raad het bovengenoemde percentage van 65% bij naar 70%²⁹ en bakent hij de betekenis van de terminologie ‘in hoofdzaak bestemd voor de openbare eredienst’ nader af. De Hoge Raad beoordeelt of een onroerende zaak bestemd is voor de openbare eredienst op basis van een systeem, waarbij de ruimtelijke indeling van een gebouw dat gebruikt wordt voor de eredienst, doorslaggevend is.³⁰ Indien, met aftrek van algemene ruimten zoals keukens en toiletten, 70% van de ruimte van een gebouw is ingericht voor de eredienst of bezinningssamenkomst, dan komt de kerkelijke, religieuze of levensbeschouwelijke instelling in aanmerking voor belastingvrijstelling.³¹

Het bovenstaande wijst erop dat er net als bij de ANBI-regeling ook ten aanzien van de onroerendezaakbelasting een ontwikkeling is geweest waarbij de nadruk is komen te liggen op de toetsing van de feitelijke omstandigheden. Immers, voorheen wilde de minister niet dat de belastingheffer zich op het geestelijke terrein van de eredienst zou begeven en zou objectiveren in

28 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 591, nr. 10, p. 15-16 (NEV II).

29 Dit percentage wordt niet nader onderbouwd. Volgens Monsma is het aannemelijk dat de HR *in casu* een vorm van analoge interpretatie toepast. Hij verwijst daarvoor naar het voormalige art. 61a van de Wet op de inkomstenbelasting waarin ‘hoofdzakelijk’ ook als wettelijke term was opgenomen. Monsma legt uit dat bij de parlementaire behandeling van het desbetreffende artikel de staatssecretaris van Financiën destijds desgevraagd heeft opgemerkt dat het begrip hoofdzakelijk het midden houdt tussen grotendeels (ten minste 50%) en geheel of nagenoeg geheel (ten minste 90%), termen die ook worden gehanteerd in het kader van de buitengewone lastenregeling van de inkomstenbelasting. In een percentage uitgedrukt komt dit neer op ten minste 70%. Zie Monsma, *MBB* 1992/259.

30 Daarbij zijn de delen van het gebouw die dienen als woning uitgezonderd omdat deze niet dienen voor de openbare eredienst of bezinningsbijeenkomsten van levensbeschouwelijke aard.

31 HR 4 december 1991, *BB* 1992/73, m.nt. Kruimel; *BNB*, 1992/47, m.nt. Leijenhorst en *FED* 1992/56, m.nt. Snoijnk. Zie Gerechtshof Arnhem, 21 september 1979 ECLI:NL:GHARN:1979:AX0131.

welke mate zaken bestemd zijn voor de eredienst. Met de eis van de wetgever dat een zaak in hoofdzaak bestemd moet zijn voor de eredienst en de ontwikkeling in de jurisprudentie en wetgeving waarbij men uitgaat van het toetsen van de feitelijke omstandigheden, is dat principe zowel door de wetgever als de rechter losgelaten.

16.3 LEGITIMATIE VAN DE KWALIFICATIE 'ONROERENDE ZAAK DIE IN HOOFDZAAK IS BESTEMD VOOR DE OPENBARE EREDIENST OF OPENBARE BEZINNINGSSAMENKOMST'

Doordat in wetgeving en jurisprudentie is bepaald dat instellingen aan de hand van de feitelijke omstandigheden moeten aantonen dat het betreffende gebouw (onroerend goed) voor 70% gebruikt wordt voor de eredienst of de bezinningsbijeenkomst, en doordat hierbij uitgegaan wordt van een objectiverende uitleg van de termen eredienst en bezinningssamenkomst (namelijk naar gangbaar spraakgebruik) kunnen we concluderen dat de kerkenvrijstelling in de rechtspraak gekenmerkt wordt door een objectiverende kwalificatiewijze. Deze objectiverende kwalificatiewijze kunnen we associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Vanuit een meer liberale benadering is de overheid zich meer terughoudend is gaan opstellen ten opzichte van godsdienst. Net zoals geldt voor de ANBI-regeling geldt ook voor de kerkenvrijstelling dat naarmate het voor de overheid minder evident is dat godsdienst een bijdrage vormt aan het algemeen belang het minder vanzelfsprekend wordt om belastingvrijstellingen toe te staan. In de rechtsgeschiedenis zien we dat in eerste instantie geheel geen belasting wordt geheven ten opzichte van de kerkgoederen,³² vervolgens dat alleen de kerkelijke gebouwen waarin de eredienst plaatsvindt hiervan worden vrijgesteld, weer later dat alleen de gebouwen worden vrijgesteld die hoofdzakelijk zijn bestemd voor de eredienst en ten slotte dat de rechter aan de hand van feitelijke omstandigheden moet gaan toetsen of een gebouw voor 70% wordt gebruikt voor de eredienst. Deze liberale ontwikkeling wordt bekrachtigd door het gegeven dat niet, zoals eerder, alleen het onroerend goed van kerken wordt vrijgesteld van belasting maar ook gebouwen van andere bekende³³ gods-

32 Mogelijk dat deze volledige vrijstelling uiteindelijk is terug te voeren op een gematigd theocratisch ideaaltype. Voor de Franse inval ten tijde van de Republiek had Nederland immers een soort staatsgodsdienst (of publieke kerk). Het is goed denkbaar dat de staat vanuit het belang van de publieke godsdienst deze kerk belastingtechnisch heeft willen bevoorrechten. Historisch onderzoek (dat het bestek van dit onderzoek te buiten gaat) zou hierover uitsluitsel kunnen geven.

33 'Bekende' godsdiensten en levensovertuigingen omdat de betekenis van 'onroerende zaak' in dit kader verbonden is met de termen eredienst en bezinningssamenkomst. Deze termen worden naar algemeen spraakgebruik geïdentificeerd. Ze worden dus geobjecti-

diensten dan de christelijke, zoals moskeeën en synagogen, en bekende levensovertuigingen. Ook hieruit blijkt dat de staat zich op afstand plaatst van godsdienst. Hij maakt zich los van de verwevenheid met de christelijke kerk en stelt zich neutraal op naar alle bekende godsdiensten en levensovertuigingen. Dit zien we ook terug in de geschiedenis. Zo kwam in de aanloop van de ‘Wet op heffing van eene belasting naar het vermogen van instellingen van de doode hand’ van 1934 een vrijstelling voor bezinningssamenkomsten van levensovertuigingen niet aan de orde. Men lijkt hieraan simpelweg niet te denken.³⁴ Een dergelijke vrijstelling kwam er pas in 1970 bij de aanpassing van de Gemeentewet in het kader van de instelling van de onroerendezaakbelasting.³⁵

De objectiverende wijze van kwalificeren van de rechter ten aanzien van de termen eredienst en bezinningssamenkomst kan worden gelegitimeerd vanuit het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Wanneer men deze termen objectiveert door ze koppelen aan het gangbare spraakgebruik betekent dit dat men ten aanzien van eredienst vooral uitgaat van de traditionele monotheïstische godsdiensten. Zo definieerde het Gerechtshof Den Haag de eredienst als ‘een in beginsel voor een ieder toegankelijke bijeenkomst tot gezamenlijke verering van een opperwezen, waarbij zekere vormvoorschriften (liturgie, orde van dienst, ritueel) in acht genomen worden’. Godsdiensten waar een opperwezen geen rol speelt, zoals het pantheïsme, lijken er dan sneller buiten te vallen. Omdat deze uitleg uitgaat van de herkenbare traditionele godsdiensten en geen rekening houdt met exotische atypische vormen van religie kunnen we stellen dat hij past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Voor bezinningssamenkomst geldt dit in mindere mate aangezien over deze term in het gangbare spraakgebruik sowieso meer onduidelijkheid heerst.

16.4 CONCLUSIE

16.4.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Ten aanzien van de eredienstvrijstelling voor onroerendezaakbelasting kan geconcludeerd worden dat men voor de wijziging van de Gemeentewet begin jaren zeventig automatisch ervan uit ging dat ‘onroerende zaken die be-

veerd naar de algemeen heersende opvattingen in de maatschappij. Het is om die reden waarschijnlijk dat hieronder alleen bekende godsdiensten en levensovertuigingen worden gerekend.

34 *Handelingen II* 1933/34, 203, (67^e vergadering), p. 2083.

35 Naar aanleiding van het amendement-Vellenga-Franssen, *Kamerstukken II* 1970/71, 9538, nr. 44.

stemd waren voor de eredienst waren vrijgesteld' van onroerendezaakbelasting. Met de eis van de wetgever dat een onroerende zaak in hoofdzaak bestemd moet zijn voor de eredienst of de bezinningssamenkomst en de later in de jurisprudentie ontwikkelde norm van 70% is deze benadering zowel door de wetgever als de rechter losgelaten. Er heeft zich net als bij de ANBI-regeling een ontwikkeling voorgedaan waarbij de nadruk is komen te liggen op het toetsen van de feitelijke omstandigheden. Immers, voorheen was het standpunt van de regering dat de belastingheffer zich niet op het geestelijke terrein van de eredienst zou begeven en zou objectiveren in welke mate zaken bestemd zijn voor de eredienst.

In de jurisprudentie hanteert men ten aanzien van de term eredienst in hoofdzaak een objectiverende kwalificatiewijze. De Hoge Raad heeft bepaald dat de term eredienst moet worden uitgelegd naar gangbaar spraakgebruik, dus op grond van bijvoorbeeld het woordenboek *Van Dale*. De wetgever heeft deze uitleg onderschreven. De reikwijdte van de term 'bezinningsbijeenkomst' is door de wetgever niet scherp afgebakend. De wetgever heeft de term zo afgebakend dat niet bedoeld is hieronder kerkelijke activiteiten te scharen. Aangezien voor de term eredienst in de jurisprudentie is bepaald dat hij naar gangbaar spraakgebruik moet worden uitgelegd ligt het gezien het gelijkheidsbeginsel voor de hand dat de grammaticale uitleg ook geldt voor de openbare bijeenkomst van levensovertuigingen. Ook voor openbare bezinningssamenkomst geldt in beginsel dus een objectiverende kwalificatiewijze. Hiervoor objectieve criteria vinden is echter lastig aangezien het gangbare spraakgebruik hierover weinig duidelijkheid geeft.

Met de terminologie 'onroerende zaak' bedoelt de wetgever '... alle gebouwen die bestemd zijn voor de openbare eredienst en openbare bezinningsbijeenkomsten, dus ook bijvoorbeeld moskeeën en synagogen'. De betekenis van de onroerende zaak volgt daarmee de uitleg van de term eredienst en openbare bezinningssamenkomst.

Doordat in wetgeving en jurisprudentie is bepaald dat instellingen aan de hand van de feitelijke omstandigheden moeten aantonen dat het betreffende gebouw (onroerend goed) voor 70% gebruikt wordt voor de eredienst of de bezinningsbijeenkomst en doordat hierbij uitgegaan wordt van een objectiverende uitleg van de termen eredienst en bezinningssamenkomst (namelijk naar gangbaar spraakgebruik), kunnen we concluderen dat de kerkenvrijstelling in de rechtspraak gekenmerkt wordt door een objectief begrip van godsdienst.

16.4.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De wijze van kwalificeren van de rechter ten aanzien van de eredienstvrijstelling kan worden geassocieerd met het ideaaltype van het liberaal gezindte-

pluralisme. Net als bij de ANBI-regeling geldt dat de invloed van het liberale model resulteert in een toenemende afstand tussen staat en de godsdienst. In de rechtsgeschiedenis van de eredienstvrijstelling zien we dat in eerste instantie geheel geen belasting wordt geheven over de kerkgoederen, vervolgens dat alleen de kerkelijke gebouwen waarin de eredienst plaatsvindt hiervan worden vrijgesteld, weer later dat alleen de gebouwen worden vrijgesteld die hoofdzakelijk zijn bestemd voor de eredienst en ten slotte dat de rechter aan de hand van feitelijke omstandigheden moet gaan toetsen of een gebouw voor 70% wordt gebruikt voor de eredienst. Deze liberale ontwikkeling wordt bekrachtigd door het gegeven dat niet alleen het onroerend goed van kerken wordt vrijgesteld van belasting, maar ook dat van andere bekende godsdiensten en levensovertuigingen doordat ook gebouwen waarin bezinningsbijeenkomsten plaatsvinden worden vrijgesteld. Ook hieruit blijkt dat de overheid zich op afstand plaats van de kerk en andere godsdiensten en levensovertuigingen gelijk behandelt met kerkelijke instellingen. De objectiverende wijze van kwalificeren van de rechter ten aanzien van de termen eredienst en bezinningssamenkomst kan worden uitgelegd in het licht van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Wanneer men deze termen objectiveert door ze koppelen aan het gangbare spraakgebruik betekent dit dat men vooral uitgaat van de bekende traditionele godsdiensten en levensovertuigingen.

17 | Openbaar onderwijs

17.1 INLEIDING

Het Nederlandse onderwijs is opgesplitst in openbaar en bijzonder onderwijs. Deze splitsing komt voort uit de gedachte dat ouders het recht moeten hebben om hun kinderen onderwijs te laten volgen dat in overeenstemming is met hun godsdienst of levensbeschouwing. Daarom is in Nederland ooit het bijzonder confessioneel onderwijs tot stand gekomen. Godsdienst speelt vanouds echter niet alleen een rol in het bijzonder onderwijs. In het openbaar onderwijs is godsdienst ook relevant omdat het openbaar onderwijs juist godsdienst- en levensbeschouwelijk neutraal moet zijn en er geen discriminatie op grond van godsdienst mag plaatsvinden. In dit hoofdstuk staat het openbaar onderwijs centraal. Het is als volgt opgebouwd. Voor een betere begripsvorming van de ontwikkeling van de rol van godsdienst in het onderwijs schets ik in paragraaf 17.2 eerst de totstandkoming van het grondrecht van de vrijheid van onderwijs (artikel 23 Grondwet). Daarna analyseer ik in de paragrafen 17.3-17.4 op welke wijze uitingen en gedragingen in het openbaar onderwijs als godsdienstig worden gekwalificeerd. Paragraaf 17.5 bevat de conclusie.

17.2 ONTSTAAN ARTIKEL 23 GRONDWET

Artikel 23 Grondwet dateert van 1917 (toen artikel 192 Grondwet). Artikel 23 Grondwet is als enige grondwetsartikel de grondwetsherziening van 1983 nagenoeg ongeschonden doorgekomen. Het artikel is in vergelijking met andere grondrechten zeer uitvoerig geformuleerd en bevat een aantal expliciete normen. De aard van deze normen verschilt. Sommige zijn sociaal andere zijn klassiek. Het grondrecht is ten eerste een voortborduren op de reeds in de Grondwet van 1814 geformuleerde zorgplicht voor de overheid om een nationaal onderwijssysteem te ontwikkelen, ten tweede een uitwerking van het in 1848 geformuleerde liberaal recht van de vrijheid van onderwijs, en *last but not least* vormt het de neerslag van wat men de 'schoolstrijd' pleegt te noemen: de politieke strijd tussen confessionelen (katholieken en protestanten) en liberalen.¹

1 Mentink & Vermeulen 2011, p. 13. Zie ook Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2017.

De oorspronkelijke codificatie van de vrijheid van onderwijs vinden we in Thorbeckes Grondwet van 1848. In artikel 198 staat:

‘Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.’

Dit klassieke grondrecht garandeerde natuurlijke of rechtspersonen de vrijheid om onderwijs te geven of te doen geven. Met het recht op de vrijheid van onderwijs werd het mogelijk om private scholen op te richten om uiteenlopende redenen. Sommige werden opgericht uit godsdienstige overwegingen, andere werden opgericht met het oogmerk van beter onderwijs. Het thuisonderwijs vloeide ook voort uit dit grondrecht. Particulier onderwijs kon echter niet rekenen op overheidsfinanciering. Pas later ontstonden er bijzondere confessionele scholen die naast de openbare scholen door de overheid werden bekostigd. Hiervoor moest echter eerst een flinke politieke strijd geleverd worden, die woedde vanaf begin 19^e eeuw tot de pacificatie in 1917.

Het voorwerp van dispuut was de religieuze uniformiteit van het van staatswege gegeven onderwijs. De liberalen hielden decennialang vol dat er geen plaats was voor onderwijs met een meer specifiek godsdienstig karakter naast het van overheidswege gegeven onderwijs met een algemeen godsdienstig karakter. Ten grondslag aan de discussie over het karakter van het openbare onderwijs lag de vraag naar het karakter van de Nederlandse staat. Bleef Nederland een christelijke natie? Aanleiding voor deze vraag was het onderwijsartikel uit 1848. Hierin werd niet alleen de vrijheid van het onderwijs gegarandeerd maar stond ook dat het openbare onderwijs de inrichting van ‘ieders godsdienstige begrippen’ moest eerbiedigen: ‘De inrichting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, door de wet geregeld’.² Vanwege deze formulering dachten de confessionelen dat de Grondwet van 1848 niet meer uitging van een algemeen christelijk karakter van het openbaar onderwijs maar van een neutraal karakter. Ze hadden de vrees dat christelijk openbaar onderwijs de uitzondering werd in plaats van de regel.³

Nadat onder confessionelen partijen het besef groeide dat, gezien de liberale politiek, een christelijke Nederlandse staat een gepasseerd station was, stelden zij niet langer de christelijke aard van het openbare onderwijs ter discussie, maar ijverden zij voor een eigen bijzondere school op godsdiensti-

2 Bij de grondwetsherziening van 1983 werd deze zinsnede gewijzigd in ‘eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging’.

3 Drop/Postma 1995, p. 30.

ge grondslag naast het overige 'neutrale' openbare onderwijs. Uiteindelijk kwam aan de schoolstrijd een einde nadat vanuit confessionele zijde werd ingestemd met het door de liberalen voorgestane algemeen kiesrecht. De liberalen kregen het algemene kiesrecht en de confessionelen kregen hun gewenste, in gelijke mate als het openbare onderwijs, gefinancierde bijzondere school.⁴

17.3 OPENBAAR ONDERWIJS

De term godsdienst komt in artikel 23 Grondwet enkel voor in lid 3. Godsdienst heeft daarin, conform de Grondwet van 1848, betrekking op de zorgplicht van de overheid om het openbaar onderwijs te organiseren met eerbiediging van ieders godsdienst en levensovertuiging. Lid 3 beoogt daarmee niet zozeer de vrijheid van godsdienst van de school te garanderen maar de vrijheid van godsdienst van het individu (de leerling of ouders van de leerling) ten opzichte van de openbare school en in algemene zin ten opzichte van de overheid.⁵ We kunnen stellen dat uit artikel 23 lid 3 Grondwet een neutraliteitsgebod volgt. De openbare scholen dienen ieders godsdienstige of levensbeschouwelijke gevoelens te eerbiedigen door neutraal onderwijs aan te bieden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 23 lid 3 kunnen we niet opmaken wat onder godsdienst of levensovertuiging dient te worden verstaan. In de wetsgeschiedenis werd vooral gediscussieerd over de vraag wanneer er sprake is van eerbiediging van godsdienstige gevoelens, met andere woorden, wanneer er sprake is van neutraliteit.⁶

Uit artikel 2 Eerste protocol EVRM volgt dat de staat bij het aanbieden van openbaar onderwijs de religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen van de ouders van het kind eerbiedigt. In de EHRM-jurisprudentie treffen we een vergelijkbare norm aan als in artikel 23 lid 3 Grondwet is opgenomen.⁷ Zo stelt het EHRM dat de staat ervoor dient te zorgen dat het curriculum in het onderwijs en de wijze waarop dit curriculum wordt aangeboden, objectief, neutraal en pluralistisch van aard is.⁸

4 Drop/Postma 1995, p. 35.

5 Een soortgelijk individueel afweerrecht is af te leiden uit het tweede protocol van het EVRM zie voor een geslaagd beroep hierop EHRM 9 oktober 2007, 1448/04, EHRC 2007/142 (*Hasan en Eylem Zengin v Turkije*).

6 *Handelingen II* 1916/17, 29^e vergadering, p. 620; *Handelingen II* 1916/17, 31^e vergadering, p. 665.

7 EHRM 7 december 1976, ECHR Series A, Vol. 23 (*Kjelden, Busk Madsen and Pedersen*), p. 25.

8 EHRM 29 juni 2007, nr 15472/02 (*Folgero and others v Norway*).

17.4 DE KWALIFICATIE GODSDIENST(IG) IN HET OPENBAAR ONDERWIJS

Binnen het openbaar onderwijs kunnen kwalificatievragen voordoen naar aanleiding van de neutraliteitseis en naar aanleiding van het verbod op discriminatie vanwege godsdienst (AWGB).

In het onderstaande bespreek ik een aantal voorbeelden hiervan uit de Nederlandse jurisprudentie, vervolgens bespreek ik een aantal voorbeelden met betrekking tot EHRM-jurisprudentie. In het verleden heeft zich een enkele keer een zaak voorgedaan met de betrekking tot de neutraliteit van een openbare school. Zo ging de Kroon in 1984 over tot spontane vernietiging van een bepaling uit een verordening van de gemeenteraad van Middelharnis omdat daarin de benoemingseis was geformuleerd dat het schoolhoofd van de openbare school lid moest zijn van een kerkgenootschap. De Kroon oordeelde dat deze benoemingseis erop gericht was om het openbaar onderwijs een bepaald levensbeschouwelijk karakter te geven. We kunnen stellen dat de Kroon deze regeling met dit oordeel impliciet kwalificeerde als een godsdienstige of levensbeschouwelijke uiting (van de gemeenteraad) die in strijd was met het karakter van het openbaar onderwijs.⁹ Deze kwalificatie van de Kroon werd niet toegelicht.

Ten aanzien van het wat meer nabije verleden kunnen we wijzen op enkele zaken naar aanleiding van uitingen of gedragingen ingegeven door een islamitische geloofsovertuiging die botsten met het neutrale karakter van de openbare school en die wegens een vermeende schending van het gelijkheidsbeginsel werden voorgelegd aan de Commissie gelijke behandeling (CGB).¹⁰ In deze zaken werd de godsdienstige uiting in alle gevallen door de CGB als zodanig gekwalificeerd. Zo kwalificeerde ze het dragen van een hoofddoek,¹¹ een chabor,¹² een nikaab,¹³ het bidden in een klaslokaal,¹⁴ en het niet willen schudden van handen¹⁵ als godsdienstig. Voor wat betreft de wijze van kwalificeren kunnen we uit de CGB-zaken opmaken dat er een subjec-

⁹ KB 2 maart 1984, AB 1984, 288.

¹⁰ Overigens had ik deze CGB-zaken net als de EHRM-zaken (behalve de zaak-Lautsi) die ik in de volgende alinea bespreek ook kunnen behandelen in hoofdstuk 7 dat gaat over de kwalificatie van kleding en omgangsvormen als godsdienstig. M.i. is het echter juist om ze vanwege hun context in het hoofdstuk over het openbaar onderwijs te behandelen.

¹¹ CGB 22 december 1999, AB 2000; CGB 9 februari 1999, oordeel 99-18; CRM 1 oktober 2013, oordeel 2013-120(-122). Zie hierover ook Van Ooijen 2012, p. 48. Zie ook CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440 (behandeld in 3.6).

¹² CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63.

¹³ CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40, AB 2003, 233.

¹⁴ CGB 3 augustus 2000, oordeel 00-51; CGB 7 november 2006, oordeel 2006-220.

¹⁵ Zie ook Olde Kalter, TAR 2009/november. En: CGB, Advies CGB inzake "Gezichtssluiers en hoofddoeken op scholen", 16-04-2003, CGB0-advies/2003/01, Utrecht: CGB 2003.

tiverende kwalificatiewijze wordt gebruikt. De CGB geeft in één van bovenstaande zaken als reden voor deze kwalificatiewijze dat het

‘conform reeds lang bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad niet aan de Commissie is om te treden in verschillen van mening over theologische leerstellingen en interpretaties van de Koran’.¹⁶

Om die reden hanteert de CGB het uitgangspunt dat de justitiabele zelf bepaalt wat volgens hem of haar godsdienst is. Opvattingen binnen of buiten de betreffende religieuze gemeenschap doen daaraan volgens de CGB niets af.¹⁷ Deze benaderingswijze vormt een vaste lijn in de jurisprudentie van de CGB: de CGB gaat in beginsel uit van de interpretatie die de klagende partij van zijn of haar (door de klager als religieus aangemerkt) handelen geeft, tenzij er sprake is van willekeur waardoor het aangevoerde godsdienstige motief apert ongeloofwaardig wordt.¹⁸

Het EHRM heeft meerdere uitspraken gedaan naar aanleiding van de eis van neutraal openbaar onderwijs. Hierna bespreek ik een aantal belangwekkende uitspraken waarin de kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig aan de orde is. Overigens had geen van deze zaken betrekking op Nederland. In de zaak *Dahlab tegen Zwitserland*¹⁹ kwalificeerde het EHRM het dragen van een hoofddoek door Dahlab, een lerares op een openbare school, als een religieuze uiting. Het deed dit niet direct, maar lijkt het standpunt van de federale rechtbank van Zwitserland over te nemen. Dit wordt overigens niet expliciet gesteld. Wel wordt gesteld dat het verbod op het dragen van een hoofddoek gezien kan worden als een beperking van de godsdienstvrijheid van de lerares. We kunnen concluderen dat in deze zaak de kwalificatie van het dragen van de hoofddoek eigenlijk niet ter discussie stond. Het EHRM geeft niet duidelijk aan waarop de kwalificatie is gestoeld.

Ook in de Turkse *Leyla Sahin*-zaak²⁰ en de Franse *Dogru*-zaak²¹ oordeelt het EHRM dat het dragen van een hoofddoek een religieuze uiting is. Zo stelt het in de *Leyla Sahin*-zaak:

16 CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63.

17 Zie hierover ook 7.3.3.

18 Zie CGB 7 augustus 1995, oordeel 95-31, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1995, 100, m.nt. BPV, CGB 21 maart 1997, oordeel 1997-63, CGB 22 december 1999, AB 2000, 72, m.nt. BPV, CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63.

19 EHRM 15 februari 2001, 42393/98 (*Dahlab v Zwitserland*).

20 EHRM 29 juni 2004, AB 2004, 338 (*Leyla Sahin*), m.nt. B.P. Vermeulen; NJCM-Bulletin 2005, p. 172-185, m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin (*Leyla Sahin*) en EHRM (GK) 10 november 2005, NJ 2006, 170, m.nt. Alkema (*Leyla Sahin*).

21 EHRM 4 december 2008, nr. 27058/05, EHRC 2009/8 (*Dogru v Frankrijk*), par. 62.

'The applicant said that, by wearing the headscarf, she was obeying a religious precept and thereby manifesting her desire to comply strictly with the duties imposed by the Islamic faith. *Accordingly, her decision to wear the headscarf may be regarded as motivated or inspired by a religion or belief* and, without deciding whether such decisions are in every case taken to fulfil a religious duty, the Court proceeds on the assumption that the regulations in issue, which placed restrictions of place and manner on the right to wear the Islamic headscarf in universities, constituted an interference with the applicant's right to manifest her religion.'²²

In de *Dogru*-zaak hanteert het EHRM een zelfde soort redenering. In deze zaken gaat het EHRM uit van de uitleg van de grondrechtsdrager. Daarmee hanteert het EHRM een subjectiverende kwalificatiewijze.

Tot slot is de veelbesproken en bekritiseerde *Lautsi*-jurisprudentie relevant.²³ Deze jurisprudentie bestaat uit twee uitspraken van het EHRM, één van de kleine Kamer (zeven rechters) en één van de grote Kamer (zeventien rechters). Het ging in deze zaak om de vraag of kruisbeelden die verplicht in alle openbare scholen van Italië hangen een schending vormen van de godsdienstvrijheid (*forum internum*) van de leerlingen (en daarmee van de veronderstelde neutraliteit van de openbare school). De kleine Kamer stelt:

'In the Court's opinion, the symbol of the crucifix has a number of meanings among which the religious meaning is predominant.'

En:

'The applicant alleged that the symbol conflicted with her convictions and infringed her children's right not to profess Catholicism. Her convictions are sufficiently serious and consistent for the compulsory presence of the crucifix to be capable of being understood by her as being incompatible with them. She sees the display of the crucifix as a sign that the State takes the side of Catholicism. That is the meaning officially accepted in the Catholic Church, which attributes to the crucifix a fundamental message. Consequently, the applicant's apprehension is not arbitrary.'

22 EHRM 29 juni 2004, AB 2004, 338, m.nt. B.P. Vermeulen, par. 71 (*Leyla Sahin*). Zie ook EHRM (GK) 10 november 2005, NJ 2006, 170, par. 111. Zie voor een Turkse zaak waarbij het hoofdboekverbod betrekking had op scholieren en waarin het EHRM eenzelfde soort redenering hanteert: EHRM 24 januari 2006, nr. 26625/02 (*Köse and Others v Turkey*).

23 Zie o.a. Hendriks & Terlouw, *NTM/NJCM-Bulletin* 2010/3, p. 298 en Atto, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012, 11-1.

En ook:

‘The Court cannot see how the display in state-school classrooms of a symbol that it is reasonable to associate with Catholicism (the majority religion in Italy) could serve the educational pluralism which is essential for the preservation of “democratic society” within the Convention meaning of that term.’²⁴

De kleine Kamer stelt dus dat de overtuiging van Lautsi niet willekeurig is maar dat haar interpretatie van het kruisbeeld de officiële interpretatie is van de katholieke kerk. Ook stelt de kleine Kamer dat de associatie van het kruisbeeld met het katholicisme redelijk is. De kleine Kamer toetst de opvattingen van Lautsi aan de officiële opvatting van de katholieke kerk en bestempeld deze als redelijk. De vraag is wat de kleine Kamer verstaat onder redelijk. Als zij hiermee bedoelt dat ‘algemeen aanvaard’, dan toetst zij impliciet aan algemene maatschappelijke opvattingen. Hoe dan ook kunnen we concluderen dat de kleine Kamer een objectiverende uitleg geeft aan de betekenis van kruisbeelden omdat ze de officiële betekenis van de katholieke kerk naar voren brengt als toetsingskader. Met de kwalificatie van het kruisbeeld als religieus symbool gaat de kleine Kamer in tegen de uitleg van de Italiaanse regering. Die kent aan het kruisbeeld een neutrale en wereldlijke betekenis toe, waarbij ze zich beroept op de Italiaanse geschiedenis en traditie, die nauw verbonden zijn met het christendom.²⁵

De uitspraak van de kleine Kamer veroorzaakte veel commotie in Italië maar ook daarbuiten. Maar liefst tien staten, een groep van 33 leden van het Europees Parlement (vooral Italianen en Polen), intervenueerden in het proces in 2011 bij de grote Kamer.²⁶ De grote Kamer kwam vervolgens met vijftien tegen twee stemmen terug op de unanieme uitspraak van de kleine Kamer. In tegenstelling tot de kleine Kamer oordeelt de grote Kamer dat het neutraliteitsgebod niet is geschonden door de Italiaanse staat. De grote Kamer kwalificeert het kruisbeeld net als de kleine Kamer als een religieus symbool. ‘The Court further considers that the crucifix is above all a religious symbol.’²⁷ Meer specifiek stelt de grote Kamer dat het een christelijk symbool is: ‘... a sign which, whether or not it is accorded in addition a secular symbolic value, undoubtedly refers to Christianity ...’.²⁸ Het verschil tussen de kleine en de grote Kamer is dat volgens de grote Kamer het kruisbeeld een uitermate

24 EHRM 3 november 2009, nr. 30814/06, par. 51-56 (*Lautsi v Italië*).

25 EHRM 3 november 2009, nr. 30814/06, par. 48-58 (*Lautsi v Italië*).

26 Staten en belanghebbenden kunnen door de President worden uitgenodigd om te interveniëren in het belang van een goede rechtsbedeling (art. 36 lid 2 EVRM en art. 44 lid 2 Reglement). Zij zijn geen partij bij de procedure maar participeren daarin wel door schriftelijke conclusies in te dienen of aan zittingen deel te nemen.

27 EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06, NJ 2011/588, par. 66.

28 EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06, NJ 2011/588, par. 71.

passief religieus symbool is: '... a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance in the Court's view, particularly having regard to the principle of neutrality ...'.²⁹ Dus hoewel de grote Kamer het kruisbeeld in schoollokalen kwalificeert als een religieuze uiting, komt hij tot de conclusie dat niet gezegd kan worden dat de invloed die uitgaat van het kruisbeeld de neutraliteit van het onderwijs in gevaar brengt:

'There is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed.'³⁰

Opvallend is dat in de uitspraak van de grote Kamer niet duidelijk wordt op grond waarvan (welke criteria) het kruisbeeld als religieus wordt gekwalificeerd. De grote Kamer lijkt dit als algemeen aanvaard te beschouwen. Wellicht sluit de grote Kamer hierbij aan bij de kwalificatie van de kleine Kamer. We kunnen concluderen dat in deze zaak de beoordeling van het 'religieuze gewicht' van de tentoonstelling van de kruisbeelden een belangrijke rol speelt. Volgens de kleine Kamer is het kruisbeeld een katholiek symbool onverenigbaar met pluralisme terwijl het volgens de grote Kamer een uitermate passief christelijk symbool is waarvan niet duidelijk is of het invloed heeft op leerlingen.³¹ De kleine Kamer past duidelijk een objectiverende kwalificatiewijze toe omdat zij zich baseert op de opvattingen van de katholieke kerk en op wat 'redelijk' wordt geacht. De grote Kamer doet dit in zekere zin ook (alleen veel minder expliciet) wanneer zij verwijst naar de traditie van het christendom.

De kwalificatie van uitingen en gedragingen als religieus in het kader van de neutraliteit van het openbaar onderwijs en het verbod op discriminatie laat geen consistent beeld zien. In de bestudeerde uitspraken komen we subjectiverende (het subject is de klagende partij/eiser) en objectiverende kwalificatie tegen. De lijn van de CGB is dat zij subjectief kwalificeert. Deze subjectiverende kwalificatiewijze past in een accommodationistisch perspectief waarbinnen het rechtssubject ruimte krijgt om zichzelf te definiëren. In de jurisprudentie van het EHRM komen we subjectiverende en objectiverende kwalificatiewijzen tegen. Omdat er in de wijze van kwalificeren niet echt een lijn valt te ontwaren zijn deze kwalificaties moeilijk te duiden vanuit een politiek-filosofisch perspectief.

29 EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06, *NJ* 2011/588, par. 72.

30 EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06, *NJ* 2011/588, par. 66.

31 Vgl. Pierik, *NJB* 2012/1170, p. 1382-1389.

17.5 CONCLUSIE

17.5.1 Wat is het juridische begrip van godsdienst?

Ten aanzien van het openbaar onderwijs bepaalt de grondwetgever dat het wordt gegeven met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging. In de wetsgeschiedenis van het openbaar onderwijs heeft de betekenis van godsdienst en levensovertuiging niet ter discussie gestaan. De begrippen zijn in het kader van de neutraliteitseis van het openbaar onderwijs niet nader afgebakend.

Binnen het openbaar onderwijs kunnen kwalificatievragen voordoen naar aanleiding van de neutraliteitseis en naar aanleiding van het verbod op discriminatie vanwege godsdienst (AWGB). Uit de jurisprudentie blijkt geen consequente wijze van kwalificeren. In de bestudeerde uitspraken komen we subjectiverende (het subject is de klagende partij/eiser) en objectiverende kwalificatie tegen. Wat opvalt is dat de CGB doorgaans subjectief kwalificeert. Het EHRM kwalificeert soms subjectiverend en een enkele keer objectiverend.

17.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De grondwetgever geeft in het kader van het openbare onderwijs geen definitie van de wettelijk term 'godsdienst en levensovertuiging'. Zoals gezegd lopen de kwalificatiewijzen in de jurisprudentie naar aanleiding van de neutraliteitseis en naar aanleiding van het verbod op discriminatie uiteen. De CGB past standaard een subjectiverende kwalificatiewijze toe. Dit legitimeert zij vanuit het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid en vanuit de erkenning van het belang van de zelfdefinitie van het rechtssubject. Deze benadering past in een accommodationistisch perspectief waarbij het rechtssubject de vrijheid wordt gelaten om zelf zijn identiteit te formuleren. In de rechtspraak van het EHRM wordt deze zelfdefinitie soms niet erkend. Het EHRM kwalificeert in een aantal zaken uitingen en gedragingen objectiverend. We kunnen deze wisselende wijze van kwalificeren niet politiek-filosofisch duiden.

18 | Bijzonder onderwijs

18.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk bespreek ik de uitleg van de wettelijke term ‘richting’ uit artikel 23 lid 5 Grondwet. Richting kenmerkt het bijzonder onderwijs. In paragraaf 18.2 ga ik in op de duiding van deze term door de grondwetgever. We kunnen ‘richting’ omschrijven als de religieuze of levensbeschouwelijke identiteit van een bijzondere school. De afbakening van deze religieuze identiteit is onder andere relevant voor de reikwijdte van de individuele vrijheid van ouders om hun kinderen naar een school te laten gaan die past bij hun godsdienstige of levensbeschouwelijke voorkeur. De wetgever heeft in dit kader drie regelingen opgesteld waarbij de term richting een doorslaggevende betekenis heeft. Ten eerste de regeling over de subsidiëring van het leerlingenvervoer. Indien ouders bezwaren hebben tegen de richting van dichterbij gelegen scholen kunnen zij voor een vergoeding van vervoerskosten in aanmerking komen voor de door hun gewenste school (paragraaf 18.3). Ten tweede de regeling voor het thuisonderwijs. Indien ouders bezwaren hebben tegen de richting van de beschikbare scholen komen zij in aanmerking voor een ontheffing van de leerplicht (paragraaf 18.4). De reikwijdte van de term richting is ten derde relevant voor de oprichting van bijzondere scholen. Bijzondere scholen moeten namelijk uitgaan van een bepaalde richting willen ze voor oprichting in aanmerking komen (paragraaf 18.5). In paragraaf 18.6 sluit ik dit hoofdstuk af met een conclusie.

18.2 VRIJHEID VAN RICHTING

Hoewel de vrijheid van godsdienst van bijzondere scholen, als collectieve vrijheid, niet als zodanig in artikel 23 Grondwet wordt genoemd, is zij wel impliciet opgenomen in artikel 23 Grondwet. Zo wordt in de leden 5, 6 en 7 gesproken over de vrijheid van het ‘bijzonder’ onderwijs en over de vrijheid van ‘richting’. Deze paragraaf concentreert zich op de definitie van de term ‘richting’ door de (grond)wetgever. De staatscommissie (pacificatiecommissie) die in 1913 aan de wieg stond van het huidige artikel 23 Grondwet, vatte de term richting in beginsel op als ‘godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging’. De godsdienstige of levensbeschouwelijke oriëntatie bracht een ‘opvoedkundige zelfstandigheid’ met zich die voortvloeit uit de wens van

ouders dat de school van hun kinderen uitgaat van vergelijkbare godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen als die van henzelf.¹ Volgens de pacificatiecommissie was de bijzondere school niet alleen bedoeld voor het confessioneel onderwijs, maar zou de opvoedkundige zelfstandigheid eveneens kunnen leiden tot stichting van scholen van nog onbekende signatuur. Gedacht werd aan anarchistische, humanistische of socialistische richtingen. Richting was in de zienswijze van de commissie een begrip met een open einde.² De Raad van State dacht in zijn advies echter uitsluitend aan godsdienst. Vermoedelijk, zo zei de Raad:

‘... wordt hiermede [met de vrijheid van richting] gedoeld op de vrijheid van godsdienstige richting; het zou dan evenwel aanbeveling verdienen dit uit te drukken. Wordt toch het beginsel in zijn algemeenheid gesteld, dan zoude zelfs de vrijheid van richting, ook waar deze ingaat tegen de openbare orde, zijn gewaarborgd, wat, naar de mening van den Raad, ontoelaatbaar moet worden geacht.’³

In de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede en Eerste Kamer waren er Kamerleden die de term richting vooral zagen in de context van de schoolstrijd en er een confessionele betekenis aan gaven. Toch waren de meesten doordrongen van het feit dat met ‘richting’ meer werd binnengehaald dan alleen godsdienst.⁴ Wat was dit meer dan? Er werd gesproken over ‘geestelijke vrijheid’, ‘geestesrichting’ of ‘levensrichting’ en ook over ‘gewetensvrijheid’.⁵ In het Voorlopig verslag van de Eerste Kamer werd gesteld dat de vrijheid van richting:

‘(...) eene erkenning insluit van het recht en den plicht der ouders, om hunne kinderen op te voeden naar hunne godsdienstige en zedelijke wereldbeschouwing en mitsdien ook eene erkenning van de gewetensvrijheid en van het recht der persoonlijke overtuiging’.⁶

Volgens Zijlstra, die in de jaren’80 van de vorige eeuw onderzoek deed naar de ontstaansgeschiedenis van artikel 23 Grondwet, is er echter voor de stelling dat in de visie van de grondwetgever ook pedagogisch-didactische overtuigingen onder het begrip richting vallen geen plaats. Deze opvatting wordt

1 Vgl. Noorlander 2005, p. 55.

2 Zijlstra 1989, p. 10.

3 Advies Raad van State d.d. 11 april 1916, no. 44, Archief Kabinet van de Koningin, exhibitum 15 april 1916, no. 67. Geciteerd door Zijlstra 1989, p. 15.

4 *Handelingen II* 1916/17, 29^e vergadering, p. 620.

5 Zijlstra 1989, p. 17.

6 Kan, dl. 3, p. 8. Geciteerd door Zijlstra 1989, p. 15.

breed gedeeld in de literatuur.⁷ Kortom: de grondwetgever dacht bij het begrip richting niet aan pedagogische visies maar primair aan godsdienst of levensovertuiging zonder daarbij per definitie overige geestelijke opvattingen te willen uitsluiten.

In andere wetten dan de Grondwet en in de jurisprudentie wordt richting vrijwel uitsluitend opgevat als godsdienstige of levensbeschouwelijke stroming (hierover later meer). In de literatuur en in de maatschappij is de laatste decennia kritiek te ontwaren op een dergelijke enge uitleg van het richtingbegrip. Van verschillende zijden wordt gewezen op de wenselijkheid van een ruimer richtingbegrip. In 2012 pleitte de Onderwijsraad voor een richtingbegrip dat ook betrekking heeft op pedagogische visies.⁸

De term richting is in verschillende andere wetten dan artikel 23 Grondwet opgenomen. De belangrijkste treffen we aan in de regeling omtrent het leerlingenvervoer (onder andere artikel 4 Wet primair onderwijs (WPO)) en de regeling omtrent de richtingsbezwaren met betrekking tot de leerplicht (artikel 5 leerplichtwet 1969). De term richting fungeert in beide regelingen als een individueel recht van ouders ten opzichte van de overheid. In die zin kunnen beide regelingen worden beschouwd als species van het individuele recht op de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging opgenomen in artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM.

In de regeling omtrent leerlingenvervoer fungeert de term richting als element in aanspraak op subsidie. Ouders kunnen in aanmerking komen voor een vergoeding van de vervoerskosten naar de dichtstbijzijnde school van de gewenste richting indien in de buurt geen school te vinden is die aansluit bij hun godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen. Deze vergoeding berust op de gedachte dat niemand door financiële omstandigheden mag worden belemmerd in de vrije schoolkeuze van kinderen.⁹ In artikel 4 lid 3 van de WPO staat expliciet dat ouders in aanmerking komen voor een vergoeding van de vervoerskosten van hun kind indien er in de directe omgeving van het woonhuis geen school te vinden is met de gewenste godsdienstige of levensbeschouwelijke richting. Hieruit blijkt dat de wetgever ten aanzien van de vergoeding van vervoerskosten alleen de godsdienstige of levensbeschouwelijke richting voor ogen had.¹⁰

Ten aanzien van de leerplicht vervult de term richting de functie van uitzonderingsbepaling: op grond van richtingsbezwaren (ernstige gemoedsbezwaren¹¹) kan worden afgeweken van de leerplicht. Ouders kunnen dan

7 Zie o.a. Noorlander 2005, p. 58; Huisman 2002, p. 50; Vermeulen 1999, p. 59.

8 Onderwijsraad 2012, p. 7.

9 *Kamerstukken II* 1918/19, 428, nr. 3, p. 39. Zie ook Noorlander 2005, p. 60.

10 Noorlander 2005, p. 60.

11 *Kamerstukken II* 1897/98, 160, nr. 3, p. 4.

thuisonderwijs geven.¹² In de Memorie van Toelichting van de Leerplichtwet 1969 stelt de regering:

‘Bezwaren tegen een school zullen uitsluitend gebaseerd mogen zijn op de richting, niet op de soort van onderwijs. Anders zouden kortzichtige ouders door bezwaren te maken tegen iedere vorm van voortgezet onderwijs hun kinderen thuis kunnen houden.’¹³

Opmerkelijk is dat de wetgever de regel (artikel 8 lid 2 van de Leerplichtwet 1969) hanteert dat er geen beroep op vrijstelling wegens richtingsbezwaren meer mogelijk is als een kind eenmaal op een school is ingeschreven:

‘Inderdaad betekent deze bepaling, dat, wanneer een kind eenmaal op een school is geplaatst, het niet meer voor de vrijstelling bedoeld in dit artikel in aanmerking komt, tenzij het verhuist of er geen school voor voortgezet onderwijs is binnen redelijke afstand van de woning van dezelfde richting als de school voor gewoon lager onderwijs.’¹⁴

Deze regel laat zien dat de wetgever, althans voor de vrijstelling, geen rekening houdt met ‘bekerings’ of fundamentele veranderingen in geloofs- of levensovertuiging. De Raad van State was hierover destijds dan ook kritisch en vroeg zich of het niet te ver ging om

‘(...) iemand die zijn oordeel omtrent de geschiktheid van een bepaalde richting van een school serieus heeft gewijzigd, de aanspraak op vrijstelling te doen verliezen, indien het kind geplaatst is geweest op een school van de richting, waartegen bij het indienen van de kennisgeving als bedoeld in het eerste lid van dit artikel bezwaar wordt gemaakt’.¹⁵

De kritiek van de Raad van State was voor de wetgever echter geen reden om het voorstel aan te passen.

Uit de wetsgeschiedenis en de literatuur blijkt dat de grondwetgever bij de term richting primair dacht aan godsdienst en levensbeschouwing.¹⁶ Hij had daarbij geen specifieke godsdiensten of levensovertuigingen op het oog en heeft zelfs principieel ruimte gelaten voor andere ‘geestelijke’ richtingen. Daarom kunnen we stellen dat de grondwetgever richting subjectief heeft gedefinieerd. Hij liet ruimte voor verschillende godsdiensten en levensovertui-

12 Onderwijsraad 2012, p. 50.

13 *Kamerstukken II* 1967/68, 9039, nr. 3, p. 14.

14 *Kamerstukken II* 1967/68, 9039, nr. 5, p. 14.

15 *Kamerstukken II* 1967/68, 9039, nr. 4.

16 Zie ook Mentink, Vermeulen & Zoontjens 2017, hoofdstuk 6.

gingen. De enige beperking is dat louter pedagogisch-didactische onderwijswijzen niet onder de term richting mochten vallen. Vanuit politiek-filosofisch perspectief is de definiëring van de grondwetgever te duiden als communautaristisch. De term richting is open in zijn definiëring omdat dat elk godsdienstig of levensbeschouwelijk collectief de vrijheid moet hebben om op basis van zijn beginselen onderwijs te (doen) geven. Wat die beginselen zijn bepaalt het rechtssubject zelf. De betekenis van de term richting wordt derhalve bepaald door het rechtssubject, in de zin van een collectief.¹⁷

De wetgever van de Leerplichtwet 1969 laat echter een invloed doorschemeren die we meer kunnen associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Volgens de Leerplichtwet 1969 is een beroep op vrijstelling wegens gewetensbezwaren niet meer mogelijk als een kind eenmaal op school is ingeschreven. Hieruit blijkt dat de wetgever een rigide perceptie had op godsdienst omdat er geen rekening wordt gehouden met bekeringen of fundamentele veranderingen in geloofsopvattingen. Dit past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme waarbij men uitgaat van de erkende gevestigde godsdiensten en waarbij afwijkende individuele geloofsopvattingen minder makkelijk worden geacommodeerd.

18.3 RICHTING IN DE REGELING OVER HET LEERLINGENVERVOER

Op grond van artikel 4 lid 5 WPO kunnen ouders of verzorgers van een leerling in aanmerking komen voor subsidie voor de kosten van het vervoer van het woonhuis naar de basisschool van een bepaalde gewenste levensbeschouwelijke of godsdienstige richting. Ouders komen voor deze vergoeding in aanmerking indien zij richtingsbezwaren hebben tegen de dichterbij gelegen scholen. In de jurisprudentie over het leerlingenvervoer is bepaald dat in beginsel de overheid niet het gewicht van het richtingsbezwaar toetst. De overheid mag echter wel toetsten of de ouders 'zuivere' richtingsbezwaren hebben. Het is aan de ouders aannemelijk te maken dat zij werkelijk 'overwegend bezwaar' hebben tegen de richting van de dichterbij gelegen scholen.¹⁸ In dat kader is het begrip richting in de jurisprudentie aangescherpt.

17 Zie ook Exalto 2017. Hij stelt dat vanaf 1920 met de nieuwe wet op het lager onderwijs sprake is van een pluraal onderwijsbestel dat georganiseerd is langs institutionele scheidslijnen, p. 8. Hij stelt ook: 'Het onderwijssysteem zoals dat in de afgelopen eeuw vorm heeft gekregen, is gebaseerd op het bestaan van een aantal monoculturen die binnen het plurale bestel vreedzaam naast elkaar samenleven. Verschil wordt in dit systeem niet ontkend, het wordt evenmin verheerlijkt, verschil is geïnstitutionaliseerd. Met het wegvallen van vitale monoculturen – met name als gevolg van secularisering en ontzuiling, deels ook als uitkomst van geslaagde emancipatieprocessen – verdwijnt de basis onder het geïnstitutionaliseerde verschil', p. 19.

18 Zie annotatie S.E. Zijlstra bij ABRvS 7 september, AB 1991, 329.

Ten eerste in 1933. De Kroon bepaalde toen dat:

‘(...) onder bijzonder onderwijs van een bepaalde richting moet worden verstaan bijzonder onderwijs, dat uitgaat van een van de richtingen, welke zich in het Nederlandse volk op geestelijk terrein openbaren.’¹⁹

Volgens Drop en Postma kunnen we hieruit afleiden dat onder richting een geestelijke stroming wordt verstaan die zich in de maatschappij kenbaar maakt als een wezenlijke onder het Nederlandse volk levende zaak.²⁰ Richting is dus niet een louter subjectieve aangelegenheid van de ouders. Het moet gaan om een stroming die objectief aanwezig is in de Nederlandse maatschappij.²¹ Hoewel deze nadere afbakening een objectief element koppelt aan de term richting is ze *an sich* te beschouwen als een autonome definitie van de term richting. De rechter verwijst voor de totstandkoming van deze objectieve eis immers niet naar opvattingen van derden of de wetsgeschiedenis. Hij lijkt deze zelf te hebben bedacht.

Ten tweede in 1983. De Kroon oordeelde toen:

‘(...) dat de woorden “de richting van het onderwijs” in artikel 13 tweede lid onder b en h Lageronderwijswet 1920 betrekking hebben op de inhoud van het onderwijs, zoals die wordt beïnvloed door een op alle terreinen des levens doorwerkende godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing (...).’²²

Deze definitie van richting lijkt de Kroon op eigen inzichten te baseren en ook zij is daarmee autonoom van aard.

In 2012 bevestigde de Rechtbank Arnhem het uitgangspunt van de grondwetgever nog eens dat onder richting geen pedagogische of didactische wijze valt. Het verzoek van justitiabele om vergoeding voor de kosten naar een Iederwijsschool werd afgewezen omdat deze school niet zozeer uit zou gaan van een bepaalde levensbeschouwing maar van een pedagogische visie. De rechtbank liet zich ook niet vermurwen door een door de justitiabele overgelegd deskundigenrapport. Hoewel de rechtbank onderkent dat de wijze op de betreffende Iederwijsschool onder andere uitgaat van een filosofische visie op de mens, maakt dit volgens de rechtbank nog niet dat er sprake is van een levensbeschouwelijke visie. Waarom dit niet zo is legt de rechtbank vervolgens niet uit. Dat is teleurstellend omdat nu niet duidelijk wordt wat het verschil is tussen een filosofische visie of een levensbeschouwing.²³

19 KB 15 mei 1933, AB 1933, 543. Zie ook Noorlander 2005, p. 60.

20 Drop/Postma 1995, p. 118.

21 KB 15 mei 1933, AB 1933, 543.

22 KB 11 mei 1983, AB 1984, 109, m.nt. B.J.v.d.N.

23 Rb. Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY4758.

Behalve dat de overheid mag toetsen of richtingsbezwaren zuiver van aard zijn, mag de overheid ook toetsen of er scholen zijn van de door de ouders gewenste richting die dichterbij gelegen zijn dan de school die de ouders op het oog hebben. Op grond van artikel 4 WPO komt namelijk alleen het vervoer naar de *dichtstbijzijnde* school van de gewenste richting in aanmerking. Het betreffende bestuursorgaan en eventueel in een beroepsprocedure de rechter kan om die reden genoodzaakt worden om de godsdienstige richting van die dichterbij gelegen bijzondere school te kwalificeren.²⁴

In 1998 verwierp de ABRvS het verzoek om vergoeding van de vervoerskosten naar een bepaalde school omdat er volgens de ABRvS een dichterbij gelegen school was van dezelfde grondslag. De ABRvS kwam tot haar oordeel op basis van een vergelijking van de statuten van de dichterbij gelegen school en die van de door de ouders gewenste school. De ABRvS stelt:

‘Uit de aangehaalde statutaire bepalingen valt op te maken dat zowel op de Eben-Haëzerschool als op de School met de Bijbel onderwijs wordt gegeven op reformatorische grondslag. De omstandigheid dat in de statuten van de school in Hedel de zinsnede “vastgesteld in de Nationale Synode van Dordrecht in de jaren 1618-1619 (ongewijzigd)” ontbreekt, maakt het voorgaande, anders dan appellanten stellen, niet anders.

Immers, onweersproken is gesteld dat op beide scholen materieel dezelfde tekst van de Drie Formulieren van Enigheid wordt gebruikt. Verder maken beide scholen gebruik van de zogeheten Statenvertaling van de Bijbel. Beide schoolbesturen zijn voorts aangesloten bij de Vereniging voor Gereformeerd Schoolonderwijs (V.G.S.), een organisatie voor besturen van reformatorische signatuur en beide scholen worden begeleid door dezelfde schoolbegeleidingsdienst.’²⁵

Op grond van bovenstaande vergelijking wijst de ABRvS het verzoek om vergoeding af. In eerste aanleg was de rechtbank ook tot een afwijzing gekomen. Voor dit oordeel baseerde de rechtbank zich op een deskundigenrapport waarin werd gesteld dat de grondslagen van beide scholen van dezelfde signatuur waren. In deze uitspraak zijn de rechters dus niet uitgegaan van een subjectiverende kwalificatiewijze. De rechter en de ABRvS gaan niet uit van de verklaringen van de ouders. De vergelijking van de statuten van de verschillende scholen door de ABRvS getuigt meer van een objectiverende kwalificatie. Ook het gebruik door de ABRvS van het objectieve criterium dat beide scholen lid zijn van de V.G.S. en het gebruik van een deskundigenrapport door de rechtbank in eerste aanleg duiden op een objectiverende kwalificatiewijze. Over de toetsing aan de statuten merkt de ABRvS op:

²⁴ Drop/Postma 1995, p. 121.

²⁵ ABRvS 6 januari 1997, *Gst.* 1998-7073, 5.

‘Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verschil in of van een modaliteit binnen een richting dienen aanknopingspunten te worden gezocht in objectieve en kenbare gegevens, zoals de statuten van de desbetreffende scholen, de eventuele toelichting daarop, andere bescheiden waaruit de doelstelling en de grondslagen van de scholen kunnen blijken.’²⁶

Ook in de gemeente Loon op Zand speelde de vraag of de richting van de school van de door de ouders gewenste richting afweek van de richting van de dichtstbijzijnde school. Daar verlangden ouders een vergoeding van de vervoerskosten van hun huis naar de reformatorische Ds. Joh. Groenewegenschool in Werkendam.²⁷ Burgemeester en wethouders waren echter van mening dat de Ds. Joh. Groenewegenschool niet de dichtstbijzijnde reformatorische basisschool was. In hun zienswijze was de meer nabijgelegen basisschool De Rank in Sprang-Cappelle ook van de reformatorische richting. Daarmee waren de ouders het niet eens. Voor de rechter betoogden zij dat De Rank een school met een protestants-christelijke signatuur is. In hoger beroep gaf de ABRvS de ouders gelijk. De ABRvS hanteerde in deze zaak een objectiverende kwalificatiewijze. Zij baseerde zich op de registratie van de richting zoals die is opgenomen in de Basisregistratie Instellingen (BRIN). BRIN is een register van het Nederlandse Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) en bevat de richting van alle scholen en aanverwante instellingen. BRIN is in het schooljaar 1984/1985 voor het eerst gevuld met gegevens van instellingen. Daarbij is ook de richting van scholen vastgelegd. Deze registratie heeft plaatsgevonden en vindt plaats aan de hand van de door het bevoegd gezag geleverde gegevens. De minister heeft de scholen een aantal jaren nadat de BRIN voor het eerst was gevuld met gegevens nogmaals gevraagd aan te geven wat de richting van de school is en in 2012 heeft in het kader van het landelijke Samenwerkingsverband Passend Onderwijs dat de reformatorische scholen samen vormen, een grote landelijke controle plaatsgevonden of alle scholen die reformatorisch zijn, ook als zodanig in de BRIN geregistreerd staan. Gelet op de wijze waarop de BRIN-registratie tot stand gekomen is, moet volgens de ABRvS worden aangenomen dat de juistheid van registratie van de richtingen van scholen in de BRIN voldoende is gewaarborgd. Door gebruik te maken van de BRIN hoeft de rechter in beginsel geen eigen oordeel te geven omtrent de vraag of de godsdienstige grondslag van verschillende scholen overeenkomt. Daarmee wordt het beginsel van interpretatieve terughoudendheid geëerbiedigd. Ook wordt de rechtszekerheid gediend aangezien de in de BRIN geregistreerde juridisch bindende richting kenbaar zal zijn.

²⁶ ABRvS 6 januari 1997, *Gst.* 1998-7073, 5.

²⁷ ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1119, *Gst.* 2014/78, m.nt. P.W.A. Huisman en S. Philipsen.

De ABRvS gaat ook in haar uitspraak van 28 april 2014 uit van de BRIN-registratie door het ministerie van OCW. Ook hier werd dus een objectiverende kwalificatiewijze toegepast. In deze zaak ging het om een justitiabele die om vergoeding van de vervoerskosten had verzocht naar de basisschool 'De ontdekkingsreis' te Doorn. In plaats daarvan werd door het college van burgemeester en wethouders een vergoeding toegekend naar basisschool 't Blokhuus te Hoevelaken. De reden hiervoor is dat volgens het college 't Blokhuus een dichterbij gelegen school is met de gewenste richting van justitiabele. Justitiabele betoogt echter dat de richting van het 't Blokhuus niet dezelfde is als die van De ontdekkingsreis. Volgens de justitiabele gaat laatste uit van een holistische richting. Hij stelt dan ook dat het college en later de rechtbank ten onrechte holistisch onderwijs niet als aparte richting hebben aangemerkt. Burgemeester en wethouders baseren hun oordeel op de BRIN-registratie. Daarin staan beide scholen geregistreerd als scholen van de richting algemeen bijzonder. Het ABRvS geeft het college hierin gelijk.²⁸

Wat godsdienst of levensbeschouwing is wordt in de jurisprudentie over de subsidiëring van het leerlingenvervoer niet nader uiteengezet. Wel stelt de rechter de eis dat godsdienst of levensovertuiging moet doorwerken op 'alle terreinen van het leven' wil er sprake zijn van richting. Deze definitie van de rechter lijkt autonoom van aard te zijn. Er wordt hiervoor niet verwezen naar de wetsgeschiedenis of objectieve maatstaven. Ook wordt in de jurisprudentie de eis gesteld dat er pas sprake is van richting wanneer een godsdienstige of levensbeschouwelijke stroming zich breed in de maatschappij bekend heeft gemaakt (geopenbaard). Hoewel deze definitie een objectief element toevoegt aan de betekenis van de term richting, kunnen we de definitie zelf begrijpen als het resultaat van een autonome uitleg van de term richting door rechter. De rechter beperkt het begrip op grond van eigen inzichten. Hij verwijst niet naar de opvattingen van derden of de wetsgeschiedenis. Bovenstaande objectiveringen van de term richting worden niet in de jurisprudentie gelegitimeerd. Er wordt niet uitgelegd waarom deze eisen worden gesteld. We kunnen ze in belangrijke mate associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Niet elke (geloofs)overtuiging wordt gekwalificeerd als richting, maar alleen de overtuigingen die zich op maatschappelijk terrein hebben gemanifesteerd, met andere woorden, de algemeen erkende godsdiensten. Voor subjectieve geloofsopvattingen is geen plaats.

Om te bepalen of de grondslag van een school kan worden gekenmerkt als richting hanteert men in de hiervoor bestudeerde zaken een objectiverende kwalificatiewijze. De rechter ging niet uit van de opvattingen van de ouders die een richtingsbezwaar hebben maar men toetst zoveel mogelijk aan de hand van objectieve maatstaven. In het verleden hanteerde de ABRvS de statuten van de scholen als objectieve maatstaf. De ABRvS vergeleek dan de

28 ABRvS 28 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1883.

statuten van de door de ouders gewenste school met die van de dichtstbijzijnde school. Hoewel het gebruik van statuten ten opzichte van het bezwaar van de ouders begrepen kan worden als een objectieve maatstaf vergen het gebruik en de vergelijking ervan interpretatie en uitleg, wat vanuit het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid slechts is voorbehouden aan het bevoegd gezag van scholen en niet van overheidswege mag geschieden. De objectieve maatstaf van de BRIN-registratie kent dit probleem niet omdat het bevoegd gezag naar eigen inzicht de geestelijke grondslag aan de overheid heeft kenbaar gemaakt.

18.4 RICHTINGSBEZWAREN TEGEN DE LEERPlicht

Op grond van artikel 5 sub b van de Leerplichtwet 1969 kan een kind vrijstelling krijgen van de leerplicht indien de ouders of verzorgers richtingsbezwaren tegen de beschikbare scholen hebben. Als ouders een beroep doen op de vrijstellingsgrond dienen zij dit te doen door middel van een kennisgeving bij de burgemeester en wethouders van de gemeente waar het kind in de basisregistratie persoonsgegevens staat ingeschreven (artikel 6 Leerplichtwet 1969). Deze kennisgeving moet een verklaring bevatten waaruit de overwegende bedenkingen blijken tegen de richting van het onderwijs op alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen (artikel 8 lid 1 Leerplichtwet 1969). De strafrechter kan genoot worden tot de kwalificatie van de overtuigingen van ouders indien de leerplichtambtenaar vindt dat de ouders de leerplichtwet 1969 overtreden omdat er in zijn visie geen sprake is van richtingsbezwaren. De leerplichtambtenaar kan dan een proces-verbaal opmaken op grond waarvan het openbaar ministerie tot vervolging kan overgaan (artikel 22 lid 2 Leerplichtwet 1969). De rechter moet vervolgens de vraag beantwoorden of de bedenkingen van de ouders gekwalificeerd kunnen worden als een 'richtingsbezwaar'.²⁹

De Hoge Raad oordeelde in 1980 naar aanleiding van een vader die zijn 6-jarige zoon van school weghield, dat de kritiek dat scholen zich teveel richten op het verwerven van intellectuele kennis en te weinig aandacht hebben voor het emotionele leven van kinderen, niet kon worden gekwalificeerd als richtingsbezwaar maar als een bezwaar tegen het onderwijs zelf, oftewel als een pedagogisch bezwaar. Volgens de Hoge Raad moet onder richting alleen worden verstaan 'de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen'.³⁰ Daarbij stelde de Hoge Raad op grond van de wetsgeschiedenis³¹ dat het niet aan de overheid is, en dus ook niet aan de rechter, om een oordeel te geven

²⁹ Zie voor een uitgebreide historische beschouwing over de vrijstelling: Sperling 2010.

³⁰ HR 19 februari 1980, NJ 1980, 190, 302. Zie ook Rb. Zutphen 19 juni 1988, JO 1990, 1.

³¹ *Kamerstukken II* 1897/98, 160, nr. 3, p. 4.

over het gewicht van de richtingsbezwaren. Alleen mag worden nagegaan of het bezwaar valt te kwalificeren als een richtingsbezwaar, anders gezegd, of het bezwaar zich richt tegen de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van het onderwijs.³² Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad het richtingsbezwaar beperkt tot 'godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen'. Wat onder godsdienst of levensbeschouwing valt, licht de Hoge Raad niet toe.

In latere arresten scherpt de Hoge Raad zijn definitie van richtingsbezwaar verder aan. Opvallend is dat deze aanscherping niet zozeer ziet op de betekenis van godsdienst of levensbeschouwing, maar meer op de vraag onder welke omstandigheden een richtingsbezwaar mag worden ingediend. We zouden deze aanscherping kunnen zien als de totstandkoming van nadere procedurele voorwaarden. De Hoge Raad oordeelde in dit kader allereerst (in navolging van het oogmerk van de wetgever) dat bezwaren tegen de 'soort van het onderwijs' (d.w.z. onderwijsmethoden) niet kunnen worden gekwalificeerd als richtingsbezwaren. Dit geldt ook voor bezwaren tegen de leerplicht als zodanig of tegen de wettelijke inrichting van het onderwijs.³³ Ook oordeelde hij dat een richtingsbezwaar gericht moet zijn tegen de richting van concrete scholen.³⁴ In navolging van de Hoge Raad stelde de Rechtbank Utrecht (kantonrechter):

'Volgens de kantonrechter kan van verdachte in redelijkheid worden gevraagd om haar bezwaren tegen de scholen in de woonomgeving concreet te omschrijven en is het onvoldoende om in algemene termen te stellen dat er bezwaren bestaan tegen alle scholen zonder dat duidelijk wordt om welke scholen het gaat.'³⁵

Ten slotte hanteert de rechter de voorwaarde genoemd in artikel 8 lid 2 van de Leerplichtwet 1969 dat er geen beroep op vrijstelling wegens richtingsbezwaren meer mogelijk is als een kind eenmaal op een school is ingeschreven.³⁶ Daarbij stelde de Hoge Raad bovendien dat het hierbij geen verschil maakt of er binnen het gezin andere kinderen wel zijn vrijgesteld van de inschrijfplicht.³⁷ Voor dit onderzoek zijn bovengenoemde 'procedurele' voorwaarden verder niet interessant, omdat ze geen betrekking hebben op de

32 HR 19 februari 1980, *NJ* 1980, 190, 302. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 1996/97, nr. 702.

33 HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1985, *JOL* 2000, 473.

34 HR 11 februari 2003, *JOL* 2003, 90.

35 Rb. Utrecht 17 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ5140. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1284.

36 HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1491; HR 26 mei 2015, *NJ* 2015/278; HR 15 februari 2011, *NJ* 2015/276. Anders: zie Rb. Breda 12 maart 2010, *ROT* 2010/33.

37 Zie HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1338.

kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig. In het onderstaande bespreek ik een aantal zaken waarin de kwalificatie van het bezwaar als richting, dus als godsdienstig of levensbeschouwelijk aan de orde werd gesteld.³⁸

De Kantonrechter te Breda (sector strafrecht) oordeelde in 2010 over een bezwaar op grond van de levensovertuiging van het 'Mystiek Christendom'. Die levensovertuiging houdt volgens de ouders het volgende in:

'We moeten leren door geloof, Gods woord rationeel toe te passen in ons dagelijks leven om op die manier Gods aanwezigheid te ervaren. En deze Godservaring ook te gebruiken als leidraad in het leven. Dit proces herhaalt en verfijnt zich steeds waardoor wij meer en meer met God kunnen leven.'

De rechter is opmerkelijk kort in zijn besluitvorming. Hij stelt:

'(...) bedenkingen betreffen, zo is de kantonrechter duidelijk geworden, niet de soort van het onderwijs, de leerplicht als zodanig of de wettelijke inrichting van het onderwijs, maar zijn gericht tegen de grondslag waarop het onderwijs op alle binnen redelijke afstand van hun woning gelegen scholen is gestoeld, in die zin dat de levensovertuiging van het Mystiek Christendom, die [verdachte 1] en [verdachte 2] aanhangen, daarin niet of onvoldoende tot

38 In een uitspraak van de Hoge Raad uit 1992 speelt de kwestie dat een vader op grond van zijn islamitische levensovertuiging zijn dochter verbiedt deel te nemen aan de verplichte zwemlessen van de openbare basisschool. De vader betoogt op grond van art. 9 EVRM en art. 6 Gw dat de leerplichtwet 1969 een inbreuk vormde op het recht op vrijheid van godsdienst. De Hoge Raad verwierpt het verweer van de vader omdat de vader niet had geprobeerd bij het bevoegd gezag van de school vrijstelling te krijgen voor de gemengde zwemlessen of dat hij had geprobeerd een andere school te vinden. Het ging hier niet zozeer om een richtingsbezwaar maar meer in zijn algemeenheid, om een bezwaar op grond van godsdienstige opvattingen tegen een onderdeel van het verplichte lesprogramma. Wat deze zaak de moeite van het vermelden waard maakt is de wijze waarop de rechtbank in eerste aanleg aan de hand van de Koran probeerde na te gaan of gemengd zwemmen inderdaad in strijd was met de islam. Zo oordeelde de rechtbank dat uit Sura 24 niet voortvloeit dat gemengd zwemmen niet is toegestaan volgens de islam aangezien het *in casu* niet gaat om zwemmen met een ontblote boezem of een andere in Sura 24 vermelde omstandigheid. Zoals ook Advocaat-Generaal Fokkens in zijn conclusie stelt dient de rechter niet de Koran uit te leggen. Dit is in strijd met het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid en, zoals annotator 't Hart terecht opmerkt, een discussie tussen de rechter en de verdachte over een tekst uit een Koranvertaling kan de verdachte tevens het gevoel geven dat zijn geloof en hijzelf niet serieus worden genomen. We kunnen deze wijze van kwalificeren duiden als een autonoom omdat de rechter hier naar eigen inzicht een religieuze bron uitlegt. Zie HR 26 mei 1992, NJ 1992, 568, m.nt. A.C. 't Hart.

uitdrukking komt. Het is de rechter niet toegestaan het gewicht van dat bezwaar te beoordelen. Daarom hoeft niet te worden ingegaan op twijfels van de leerplichtambtenaar en de officier van justitie over het richtingsbezwaar van [verdachte 1] en [verdachte 2] (...).³⁹

Vervolgens sprak de rechter de ouders vrij. We kunnen stellen dat de rechter hier een subjectiverende kwalificatiewijze hanteert doordat hij uitgaat van de verklaringen van de justitiabele.

Aan de in 2003 door de Hoge Raad geformuleerde eis dat een justitiabele dient aan te geven wat de concrete bezwaren zijn tegen de richting van de binnen redelijke afstand van hun woning gelegen scholen, voegt hij in 2010 toe dat van degene die zich beroept op een richtingsbezwaar gevergd mag worden dat hij duidelijk aangeeft welke zijn bedenkingen zijn tegen de richting van de betreffende school. Volgens de Hoge Raad moeten de bedenkingen betrekking hebben op een 'fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing'.⁴⁰ We kunnen deze eis niet als louter procedureel afdoen. Deze eis impliceert immers dat godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen welbepaald kunnen zijn. De Hoge Raad formuleerde bovenstaande eis in een zaak die ging om een bezwaar van een orthodox-gereformeerde tegen de in zijn buurt gelegen gereformeerde scholen omdat in zijn visie op deze scholen 'Gods Woord en de Drie formulieren van Enigheid met voeten worden getreden'. De verdachte geeft vervolgens voor de betreffende orthodoxe gereformeerde school aan bezwaar te hebben tegen de godsdienstige en levensbeschouwelijke opvattingen van het schoolbestuur en tegen de uitwerking van deze opvattingen in de praktijk, zoals die terugkomen in het toelatingsbeleid en de besluitvorming van de school. De verdachte onderbouwt zijn argument dat hij het niet eens is met de godsdienstige opvattingen van het schoolbestuur met verwijzingen naar geloofsdocumenten waaronder een eigen geloofsbelijdenis. Het oordeel van het hof is vervolgens dat uit het relaas van verdachte onvoldoende duidelijk wordt wat nu precies zijn bezwaren zijn tegen de betreffende orthodox-gereformeerde richting. Het overweegt:

'Het hof begrijpt verdachtes opstelling aldus, dat naar zijn oordeel weliswaar genoemde vereniging genoemde beginselen in haar vaandel schrijft, maar dat men in de onderwijspraktijk daarnaar niet geheel of niet voldoende handelt. Het hof is van oordeel, dat die vaststelling, wat daarvan feitelijk ook zij,

39 Rb. Breda 12 maart 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL7280, ROT 2010/33.

40 HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6719, r.o. 5.2. Zie ook HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6898.

geen bedenking inzake de richting van het onderwijs oplevert. Deze bedenking betreft de wijze waarop de richting in de praktijk tot uiting komt.⁴¹

De Hoge Raad sluit zich in deze zaak aan bij het oordeel van het hof dat het bezwaar van de justitiabele onvoldoende geconcretiseerde en herkenbare bedenkingen inzake de richting van het onderwijs bevat om te kunnen worden aangemerkt als richtingsbezwaar. Hij stelt:

‘In aanmerking genomen dat, zoals hiervoor onder 4.2 sub (iii) is weergegeven, van degene die zich op de vrijstellingsgrond van artikel 5, aanhef en onder b, Lpw beroept, gevergd mag worden dat hij duidelijk aangeeft welke zijn bedenkingen zijn, getuigt ‘s Hofs oordeel dat de verdachte niet geacht kan worden te zijn vrijgesteld van de verplichtingen uit hoofde van de Leerplichtwet 1969 wegens overwegende bedenkingen tegen de richting van het onderwijs, niet van een onjuiste rechtsopvatting.’⁴²

De uitspraken van het hof en de Hoge Raad zijn opmerkelijk. De justitiabele geeft immers uitgebreid aan dat zijn bezwaren zijn ingegeven door zijn godsdienst. Voor wat betreft het punt van het hof dat de bedenking is gericht tegen de wijze waarop de richting in de praktijk tot uiting komt kan men zich afvragen of de term richting zich wel leent voor een onderscheid tussen de theorie en de praktijk. Met andere woorden, veronderstelt richting niet tevens de uitwerking van bepaalde godsdienstige opvattingen in de praktijk? Tegen het punt van het hof dat de bedenkingen van justitiabele onvoldoende concreet en herkenbaar zijn kan men inbrengen dat de justitiabele onmiskenbaar een beroep heeft gedaan op godsdienstige gronden en daarbij tot in detail heeft beschreven op welke geloofsdocumenten hij zich baseert. Bovendien zijn deze geloofsdocumenten herkenbaar in de zin dat ze toebehoren aan de algemeen erkende reformatorische traditie. Ten slotte kan men stellen dat de eis die de Hoge Raad hier accepteert, namelijk dat een richtingsbezwaar betrekking moet hebben op een ‘fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing’ erop wijst dat de Hoge Raad de reikwijdte van het begrip van de richtingsbezwaren ten opzichte van 1980 enigszins heeft beperkt. In 1980 werd er nog in zijn algemeenheid gesteld dat het bij een bezwaar moet gaan om godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen, terwijl deze opvattingen in 2010 volgens de Hoge Raad ‘welbepaald’ dienen te zijn. Daarnaast kan men hierbij nog aantekenen dat de term ‘welbepaald’ een vage term is die de rechter speelruimte geeft om richtingsbezwaren weg te wuiven. We kunnen bovengenoemde eis zien als een autonome definitie van de term richting door de rechter (Hoge

41 HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6719, r.o. 4.2.

42 HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6719, r.o. 5.2.

Raad). De Hoge Raad verwijst immers voor zijn uitleg van de term niet naar derden of de wetsgeschiedenis.

In 2012 deed het Gerechtshof Amsterdam een uitspraak in een zaak met betrekking tot ouders die orthodox-salafistische (islamitische) bezwaren hadden tegen de richting van de binnen redelijk afstand liggende bestaande scholen. In de zienswijze van de ouders is er binnen een redelijke afstand van hun woning geen school die lesgeeft volgens de grondslagen van de islam. Verdere bezwaren zijn het ontbreken van een gebedsruimte op de school, het verbod op het dragen van islamitische kleding, het niet gescheiden gymmen van de leerlingen en het verplicht stellen van deelname aan een buitenlandse schoolreis. Volgens het hof kan het gegeven dat

‘(...) die scholen de kinderen niet onderwijzen “op de grondslag van de Islam” en vanuit Islamitisch perspectief, echter niet zonder meer het oordeel dragen dat daarmee de richting van het onderwijs in alle binnen redelijke afstand van de woning gelegen scholen indruist tegen de Islamitische levensbeschouwing zoals door de verdachte wordt aangehangen.’⁴³

Het hof stelt verder:

‘Voor zover de jongere op school volgens de verdachte onvoldoende in de Islam wordt onderwezen, valt niet in te zien waarom dat onderwijs niet buiten schooltijd onder verantwoordelijkheid van de ouders kan worden aangevuld.’

Ten aanzien van de bedenkingen van de verdachte omtrent gebedsruimte, gymmen, kleding en schoolreis stelt het hof dat deze zijn gestoeld op tekortkomingen in de praktische organisatie van de school, waarvoor in overleg met de school een oplossing moet zijn te vinden. Volgens het hof hebben deze bezwaren geen betrekking op de richting van het onderwijs en zijn ze niet aan te merken als overwegende bedenkingen tegen de richting van het onderwijs.⁴⁴

Men kan zich afvragen in hoeverre deze uitspraak indruist tegen het beginsel dat de rechter niet de bedenkingen van ouders tegen het onderwijs weegt. Het hof lijkt hier de islamitische overtuiging van de justitiabele te toetsen aan de grondslag van de nabij liggende islamitische scholen. Bovendien stelt het hof dat de ouders best buiten schooltijd kunnen voorzien in het door hun gewenste salafistische onderwijs. Impliceert een dergelijke benadering niet dat de bezwaren van de ouders volgens het hof niet ernstig genoeg zijn om thuisonderwijs te rechtvaardigen? Het hof suggereert dat het slechts

43 Gerechtshof Amsterdam 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4626.

44 Gerechtshof Amsterdam 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4626.

zou gaan om een lacune in het bestaande islamitisch onderwijs die weggevoerd zou kunnen worden door aanvullend thuisonderwijs, maar mag het dit wel bepalen? Deze benadering van het hof is moeilijk te rijmen met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid. Het hof kwalificeert de bedenkingen van de ouders naar eigen inzicht en stelt dan dat ze niet vallen onder de wettelijke term 'richtingsbezwaar'.

In de hierboven besproken jurisprudentie over de leerplicht is bepaald dat het begrip richting uitsluitend ziet op godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen. Op grond van deze zaken kunnen we constateren dat de rechter de vraag of het bezwaar betrekking heeft op godsdienst of levensbeschouwing meestal niet expliciet aan de orde stelt omdat er in veel gevallen sprake is van een tekortkoming in de procedurele voorwaarden.⁴⁵ Ze wekken de indruk dat het gebruik van de procedurele voorwaarden wordt ingegeven door de wens om de reikwijdte van de vrijstelling zo beperkt mogelijk te houden.⁴⁶ Slechts in één door mij gevonden uitspraak, namelijk die van de Rechtbank Breda over het 'mystieke christendom', ging de rechter wel in op de vraag of het bezwaar betrekking heeft op godsdienst of levensbeschouwing. Hier ging de rechter uit van een subjectiverende kwalificatie.

Naast de vele procedurele voorwaarden die rechter voor het thuisonderwijs in het leven heeft geroepen, heeft hij de betekenis van de term richting enigszins aangescherpt doordat hij gesteld heeft dat de term richting niet alleen de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit omvat, maar ook dat deze identiteit moet zijn uit te leggen als 'fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing'. Hierdoor heeft de term richting een wat engere strekking gekregen. Deze definitie van de term richting lijkt te zijn ingegeven door de eigen inzichten van de rechter. Hij verwijst hiervoor niet naar opvattingen van derden. We kunnen deze nadere afbakening dan ook zien als een autonome uitleg van de term richting door de rechter. Deze aanscherping maakt het voor de rechter mogelijk om onduidelijke geloofs- en levensbeschouwelijke opvattingen niet te erkennen als richting in de zin van richtingsbezwaar. Een der-

45 Interessant in dit verband is een uitspraak uit 2012 waar de ABRvS oordeelde dat de particuliere basisschool De Koers uit Beverwijk geen school was in de zin van de Leerplichtwet 1969. De Koers ging uit van een concept afkomstig uit de Verenigde Staten dat was gebaseerd op vrijheid, verantwoordelijkheid en democratie. Binnen dit concept stellen leerlingen van 4 tot 18 jaar hun eigen lesprogramma samen en evalueren daarvan zelf de voortgang. Op grond van de uitspraak van de ABRvS kon het openbaar ministerie de ouders vervolgen van de 7! kinderen die les kregen op deze school wegens schending van de Leerplichtwet 1969. Zie ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012: BX4694. De ABRvS deed dezelfde dag ook uitspraak gedaan over De Kampanje uit Amersfoort, die op hetzelfde concept is gebaseerd als De Koers uit Beverwijk. Zie ABRvS 15 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX4695.

46 Vgl. Huisman & Mevis, *DD* 2015/63, p. 666.

gelijke benadering (objectivering) past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme waarin men alleen de erkende, gevestigde godsdiensten in de rechtsorde accommodeert. Overigens valt aan te tekenen dat de term 'welbepaald' een vage term is die de rechter de ruimte geeft om richtingsbezwaren niet als zodanig te erkennen. Opvallend is ten slotte dat in de laatst besproken zaak het hof het uitgangspunt dat de rechter niet de zwaarte weegt van de richtingsbezwaren lijkt te hebben losgelaten en op grond van een autonome kwalificatie van de godsdienstige bedenkingen van de verdachte tot het oordeel komt dat zijn bedenkingen geen beletsel vormen voor het volgen van islamitisch onderwijs aan de nabij gelegen scholen.

In het kader van het thuisonderwijs is de rechter dus steeds minder geneigd om bezwaren als richtingsbezwaren te kwalificeren. Mogelijk dat de angst bestaat dat er in de toekomst meer op de vrijstellingsregeling een beroep wordt gedaan en dat bij een al te soepele regeling steeds meer kinderen onttrokken worden aan het zicht van de overheid. Dat deze angst niet denkbeeldig is bewijzen de Kamervragen in 2011 van parlementsleden naar aanleiding van de sluiting van het Islamitisch College Amsterdam (ICA). Een grote groep ouders had vanwege deze sluiting de intentie bekendgemaakt hun kinderen thuisonderwijs te gaan geven. Kamerleden uitten hun zorgen en stelden vragen aan de minister. Men was bang dat ouders hun kinderen de hele dag naar Koranles zouden sturen.⁴⁷ In een brief van de staatssecretaris aan de Eerste Kamer van 18 september 2013 spreekt de staatssecretaris van een zorgelijke ontwikkeling. Hij geeft aan dat tussen de schooljaren 2000/2001 en 2011/2012 het aantal vrijstellingen toegenomen is van 94 naar 429. Om die reden laat de staatssecretaris weten een voorstel voor te bereiden om de vrijstelling van de leerplicht vanwege godsdienstige opvattingen te laten vervallen.⁴⁸

18.5 DE VRIJHEID VAN OPRICHTING

De vrijheid van onderwijs omvat naast de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting (hierover meer in hoofdstuk 19) ook de vrijheid van oprichting. De vrijheid van oprichting behelst de vrijheid om een school op richten of te stichten.⁴⁹

⁴⁷ Lautenbach, *NJB* 2011, 1702. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 1912.

⁴⁸ Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 32 040, H. Zie voor het standpunt van de minister over thuisonderwijs ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33400 VIII, nr. 164, p. 9 (brief minister naar aanleiding van rapport Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, 2012).

⁴⁹ Zijlstra 1989, p. 24.

In de periode direct na de inwerkingtreding van de Grondwet van 1917 speelde de term richting bij de oprichting van een bijzondere school geen rol. Het was geen vereiste dat een bijzondere school bij de oprichting een bepaalde richting had. Er golden alleen kwantitatieve eisen, zoals een bepaald minimum aantal handtekeningen van ouders. Het gevolg was dat er een wildgroei ontstond van dure kleine schooltjes.⁵⁰ Dit veranderde door een uitspraak van de Kroon in 1933. Hoewel de zaak waarover de Kroon zich uitsprak geen betrekking had op de oprichting van een school, had zij hiervoor wel gevolgen. In deze zaak met betrekking tot het leerlingenvervoer bepaalde de Kroon dat slechts voor vervoerssubsidie in aanmerking zou worden gebracht '... bijzonder onderwijs, dat uitgaat van een van de richtingen, welke zich in het Nederlandse volk op geestelijk terrein openbaren'.⁵¹

Vanaf toen gold ook voor de oprichting van een bijzondere school de eis dat deze uitging van een bepaalde richting.⁵² Deze eis is tegenwoordig neergelegd in de WPO en de Wet Voortgezet Onderwijs (WVO). In de literatuur stelt men dat de wetgever met het begrip richting een erkende richting bedoelt.⁵³ Dat wil zeggen dat de staat in de persoon van de minister⁵⁴ (of staatssecretaris) of de bestuursrechter deze richting heeft erkend (zie hiervoor de volgende paragraaf). Sommige richtingen zijn echter nooit expliciet erkend zoals de katholieke, protestants-christelijke en joodse richting maar worden toch als zodanig begrepen. Deze richtingen bestonden al voordat de term richting in artikel 23 Grondwet werd opgenomen. Door kerkelijke afsplitsingen en door de komst van nieuwe godsdiensten en levensbeschouwingen zijn wel nieuwe richtingen erkend. Het richtingbegrip in artikel 76 WPO jo. artikel 65 WVO vervult in de context van de oprichting van een bijzondere school de functie van stichtings- en bekostigingsvoorwaarde. Met het oog op de maatschappelijke ontwikkelingen van de laatste decennia en de opkomst van nieuwe religieuze en levensbeschouwelijke overtuigingen kan dit in de praktijk een drempel opwerpen. Het recht erkent niet alle religieuze en levensbeschouwelijke stromingen als richting maar alleen degenen 'welke zich in het Nederlandse volk op geestelijk terrein openbaren'.⁵⁵

De Onderwijsraad pleit al enige tijd voor een richtingvrije planning. Bij de stichting van scholen zou het begrip richting geen rol meer moeten spelen. In plaats daarvan zou moeten worden uitgegaan van het aantal leerlingen dat een school weet te trekken. Als dat voldoende is dan kan men ervan uit-

50 Huisman 2012, p. 7.

51 KB van 15 mei 1933, nr. 22.

52 Drop/Postma 1995, p. 121.

53 Zie bijvoorbeeld Guldenmond, *TvRRB* 2015-3, p. 39.

54 In het basisonderwijs op grond van art. 76 WPO jo. art. 74 lid 2 WPO, in het voortgezet onderwijs op grond van art. 65 WVO.

55 Mentink & Vermeulen 2011, p. 48.

gaan dat er voldoende maatschappelijk draagvlak is en moet een school in aanmerking komen voor overheidsbekostiging.⁵⁶ De jongste ontwikkeling is dat de wetgever conform het pleidooi van de Onderwijsraad vergevorderde plannen heeft om de toetsende rol van de overheid ten aanzien van 'nieuwe' richtingen terug te dringen met het invoeren van een systeem van 'richting-vrije planning', waarbij het begrip richting geen beslissende rol meer speelt in de planningssystematiek.⁵⁷

18.6 DE UITLEG VAN DE GRONDWETTELIJKE TERM 'RICHTING' BIJ DE OPRICHTING VAN EEN BIJZONDERE SCHOOL

Voor de oprichting van een bijzondere school geldt de eis dat deze een erkende richting heeft. De minister, of eventueel in een beroepsprocedure de rechter, zal bij een oprichting de identiteit van de nieuwe school moeten kwalificeren als richting. Dat betekent voor een school op godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag dan impliciet de (niet-)erkenning van de te onderscheiden religieuze of levensbeschouwelijke denominatie. Op dit moment zijn de volgende richtingen door de minister of de rechter erkend: rooms-katholiek, algemeen christelijk, evangelisch, gereformeerd, protestants-christelijk, reformatorisch, de richting van de evangelische broedergemeente, joods, islamitisch, hindoeïstisch, antroposofisch, algemeen bijzonder,⁵⁸ en humanistisch.⁵⁹ In het navolgende bespreek ik een aantal zaken waarin de bestuursrechter zich uitsprak over de erkenning van een 'nieuwe' richting. Daarbij ga ik in op de kwalificatiewijze die de rechter toepast om te bepalen of een stroming kan gelden als richting.

In 1978 weigerde de Kroon de oprichting van een reformatorische school omdat hij de richting reformatorisch niet erkende. Hij stelde dat:

'... niet voldoende aannemelijk is geworden, dat op de te Kampen en omgeving bestaande protestants-christelijke scholen voor m.a.v.o. – met name op de vrijgemaakt-gereformeerde m.a.v.o. te Kampen en de christelijke m.a.v.o. te IJsselmuiden – niet het verlangde onderwijs ... wordt gegeven'.

56 Onderwijsraad 2012, p. 7.

57 Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 32 040, H.

58 Dit algemeen bijzonder onderwijs wordt juist gekenmerkt doordat het bewust geen specifieke religieuze of levensbeschouwelijk grondslag heeft. Anders dan het openbaar onderwijs wordt dit onderwijs niet gereguleerd door de gemeente maar net als het overige bijzonder onderwijs door een vereniging of een stichting.

59 Guldenmond, *TvRRB* 2015-3, p. 39.

De Kroon motiveerde niet waarom dit zo was.⁶⁰ In 1979 erkende de Kroon echter toch de reformatorische richting. Hij overwoog daarbij:

‘... dat de afwezigheid van een reformatorische school gewetensnood te weegbrengt; dat, alles tezamen en in onderling verband bezien, in dit geval aannemelijk is, dat op de meerbedoelde protestants-christelijke scholen niet het verlangde onderwijs in de zin van artikel 69, derde lid, WVO wordt gegeven.’⁶¹

De Kroon ging in deze zaak niet inhoudelijk in op de geestelijke grondslag van de beoogde reformatorische school. Hij constateerde op basis van de statuten en het verhaal van de appellant (het bevoegde gezag van de op te richten school) dat er een noodzaak was tot oprichting van een reformatorische school. We kunnen deze kwalificatie zien als een subjectiverende aangezien de rechter zich liet overtuigen door het relaas van de justitiabele.

In 1991 stelde de AGRvS naar aanleiding van de oprichting van een evangelische school:

‘Om tot een afzonderlijke richting als vorenbedoeld te kunnen concluderen dient naar het oordeel van de Afdeling geschillen sprake te zijn van een brede, geestelijke – van de bestaande richtingen in het voortgezet onderwijs te onderscheiden – stroming in de Nederlandse samenleving.’⁶²

Deze eis ontleende de AGRvS aan de Kroonjurisprudentie omtrent het leerlingenvervoer. In 1933 stelde de Kroon dat er pas sprake is van richting indien de richting zich als geestelijke stroming kenbaar heeft gemaakt als een wezenlijke onder het Nederlandse volk levende zaak.⁶³ Volgens de AGRvS zou onder de achterban van de evangelische stroming onvoldoende samenhang zijn om te kunnen kwalificeren als richting. Aangezien de AGRvS tot dit oordeel kwam op grond van eigen inzichten kunnen we spreken van een autonome uitleg van de grondwettelijke term richting.

In 1993 oordeelde de AGRvS dat een karmavadische stroming binnen het hindoeïsme niet kon worden erkend als richting. Zij baseerde zich daarbij op statuten van de op te richten school en op het advies van de Onderwijsraad en een deskundige. In de adviezen wordt gesteld dat de beoogde richting van de school zich onvoldoende onderscheidde van andere hindoeïstische

⁶⁰ KB 28 september 1978, AB 1979, 51.

⁶¹ KB 8 februari 1979, AB 1979, 275; zie voor een gelijkkluidend oordeel en subjectiverende kwalificatie: KB 27 januari, AB 1981, 192 (ook over de reformatorische richting).

⁶² AGRvS 10 november 1992, AB 1993, 88, m.nt. B.J. van der Net.

⁶³ Zie 18.3.

stromingen.⁶⁴ We kunnen stellen dat de Afdeling geschillen hier een objectiverende kwalificatie toepaste omdat zij zich bediende van de oordelen van de Onderwijsraad en een deskundige.

In 1997 werd opnieuw het plan opgevat om een evangelische school te stichten. Ditmaal oordeelde de ABRvS dat de evangelische stroming wel als richting kon worden gekwalificeerd. De ABRvS overwoog dat de evangelische levensbeschouwing van de school een voldoende onderscheidend karakter had. De ABRvS brengt hier een nieuw criterium naar voren voor de uitleg van de term richting: de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van een school moet ook voldoende onderscheidend zijn. Ze lijkt dit criterium op grond van eigen inzichten naar voren te hebben gebracht. We kunnen deze nadere afbakening van de term richting dan ook beschouwen als een autonome uitleg (autonome definiëring) van de term richting. Behalve dat de ABRvS overwoog dat de evangelische school een voldoende onderscheidend karakter had stelde ze ook dat deze richting met een omvang van enige honderdduizenden en een eigen mediaomroep (EO) en politieke partij (RPF) zich in Nederland als een waarneembare stroming manifesteerde.

De ABRvS kwam tot het oordeel dat de evangelische levensbeschouwing een voldoende onderscheidend karakter had op basis van een naar eigen zeggen terughoudende vergelijking van de statuten van de school met de statuten van een school op protestants-christelijke grondslag. Volgens de ABRvS valt uit de statutaire bepalingen op te maken dat bij beide scholen het onderwijs over het Evangelie van Jezus Christus centraal staat, maar dat de uitwerking hiervan in zowel de theorie als de praktijk verschilt. De ABRvS benoemt daarbij het verschil van het persoonlijke karakter van het geloof van de evangelische levensbeschouwing en het streven om dit geloof ook buiten de eigen kring uit te dragen.⁶⁵

Hoewel de ABRvS stelt terughoudend te toetsen legt zij in deze zaak met haar toets van het onderscheidend karakter van de godsdienstige grondslag toch een behoorlijk ingrijpende beoordeling van godsdienst aan de dag. De ABRvS vergelijkt immers de protestants-christelijke geloofstraditie met de evangelische geloofsbeweging. We kunnen in zijn algemeenheid stellen dat een toets naar het onderscheidend karakter van een godsdienstige grondslag een inhoudelijke kwalificatie van godsdienst veronderstelt. Men moet dan immers de godsdienstige grondslag uitleggen en vergelijken met andere, als richting erkende godsdienstige grondslagen. We kunnen de gehanteerde kwalificatiewijze omschrijven als een objectiverende. Het oordeel dat de evangelische levensbeschouwing voldoende onderscheidend is wordt gebaseerd op een vergelijking met een andere, verwante, godsdienstige stroming.

⁶⁴ AGRvS 14 juni 1993, AB 1993, 458.

⁶⁵ ABRvS 11 februari 1997, AB 1998, 28, m.nt. BPV (*basisonderwijs*). Zie ook gelijkkluidend ABRvS 15 januari 1998, AB 1998, 173, m.nt. B.P. Vermeulen (*voortgezet onderwijs*)

In deze zaak gaat de ABRvS niet alleen uit van een vergelijking met een andere godsdienstige stroming maar baseert zij zich ook op deskundigenadvies:

‘De Afdeling neemt verder in aanmerking dat uit recent onderzoek – waaronder het door appellanten aangehaalde artikel van prof. dr. G. Dekker ‘Evangelischen in Nederland; een eigenaardige beweging?’ – is gebleken dat de omvang van de evangelische beweging moet worden geschat op enige honderdduizenden.’

In een zaak uit 1999 over de stichting van een orthodox-islamitische basisschool in Den Haag duidde de ABRvS de richting van de op te richten school met behulp van deskundigenrapporten:

‘De Afdeling overweegt voorts dat weliswaar uit de overlegde deskundigenrapporten en het rapport van de Onderwijsraad van 31 maart 1995 niet eensluidend is af te leiden dat de IQRA-richting als eigen richting moet worden aangemerkt, doch dat deze rapporten wel genoegzaam aantonen dat er binnen het islamitisch basisonderwijs sprake is van een liberale en een orthodoxe stroming.’

Vervolgens overwoog de ABRvS echter dat de minister onvoldoende had uitgezocht of de betreffende orthodoxe stroming binnen de islam kon worden gekwalificeerd als richting:

‘Het had op de weg van verweerder gelegen nader te onderzoeken of de uit de deskundigenrapporten naar voren gekomen orthodoxe stroming binnen het islamitisch basisonderwijs kan worden aangemerkt als een aan het onderwijs ten grondslag liggende geestelijke stroming die zich onderscheidt van de reeds bestaande islamitische richting en welke zich in een binnen Nederland waarneembare beweging op godsdienstig terrein openbaart en op andere terreinen van het maatschappelijk leven doorwerkt hetgeen eveneens tot uitdrukking komt in een binnen Nederland waarneembare beweging of stroming.’

De ABRvS schrijft in deze zaak aan de minister een objectiverende wijze van kwalificeren voor. Omdat hiervan volgens de ABRvS geen sprake is wordt de uitspraak wegens een motiveringsgebrek vernietigd.⁶⁶

In 2006 oordeelde de ABRvS dat de christelijke Koptisch-orthodoxe identiteit van een op te richten basisschool terecht niet door de minister als zelf-

66 ABRvS 26 januari AB 1999, 235, m.nt. BPV; zie ook ABRvS 5 augustus 1997 AB 1998, 64, m.nt. BPV.

standige richting was erkend. Zij leunde voor haar oordeel met name op het advies van de Onderwijsraad. Die stelde dat de statuten van de school onvoldoende blijk gaven van een te onderscheiden 'richting' aangezien er geen rechtstreeks verband werd gelegd met religie of levensovertuiging. Bovendien stelde de Onderwijsraad dat appellant er niet in is geslaagd om aan te tonen dat sprake is van een 'binnen Nederland waarneembare beweging op godsdienstig terrein die ook op andere terreinen van het maatschappelijk leven doorwerkt'.⁶⁷ De centrale rol van het advies van de Onderwijsraad bij de beoordeling *in casu* of er sprake was van een bepaalde richting duidt op een meer objectiverende kwalificatiewijze.⁶⁸

In 2016 oordeelde de ABRvS in een zaak over de oprichting van een islamitisch-hindoeïstische school dat in de schoolnaam: 'Stichting Islamitisch Onderwijs' en de statuten onvoldoende naar voren kwam dat de school uitging van een combinatie van een islamitische en hindoeïstische richting. Eerder in 2013 had de ABRvS geoordeeld dat onder richting ook *richtingen* kunnen worden verstaan.⁶⁹ Teneinde te voorkomen dat scholen zich al te gemakkelijk bedienen van een combinatie van richtingen om zodoende te voldoen aan de eis van een voldoende leerlingenpotentieel, verlangt de ABRvS dat in het maatschappelijk verkeer voldoende blijkt van welke richting(en) het onderwijs van een te stichten school uitgaat.⁷⁰

In een bijna identieke zaak uit 2017 – het ging ook om de oprichting van een islamitisch-hindoeïstische school – overwoog de ABRvS dat uit de wetgeschiedenis⁷¹ (van de term richting uit artikel 65 WVO) blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat er slechts levensvatbare scholen worden gesticht. Vanuit dit oogmerk stelt de ABRvS dat bij het vormen van een combinatie van richtingen niet klakkeloos kan worden volstaan met een optelsom van het leerlingenpotentieel van elke afzonderlijke richting. Volgens de ABRvS dient aannemelijk te zijn dat:

'... de belangstelling voor de ene richting opgeteld bij de belangstelling voor de andere richting een totaal oplevert dat representatief is voor de belangstelling voor een combinatie van die twee richtingen.'⁷²

Vanuit dat perspectief stelt het ABRvS dat de staatssecretaris terecht heeft overwogen 'dat de combinatie van islamitische en hindoeïstische richtingen

67 ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3706 (*Koptische basisschool niet erkend*).

68 ABRvS 12 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY3706, r.o. 2.4.2 (*Koptische basisschool niet erkend*).

69 ABRvS 21 augustus 2013, AB 2013/344.

70 ABRvS 28 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2542, AB 2017/79, m.nt. S. Philipsen.

71 *Kamerstukken II* 1958/59, 4350, 3.

72 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, NJB 2017/1938, r.o. 6.4 (*Ozonlaag*).

niet is terug te vinden in het onderwijs en evenmin op andere terreinen van het maatschappelijk leven doorwerkt.⁷³ Uit de uitspraak van de ABRvS blijkt dat de staatssecretaris zijn kwalificatie heeft geobjectiveerd door advies in te winnen bij de Hindoeraad Nederland en de Vereniging Islamitische Schoolbesturen Organisatie (ISBO). Daaruit bleek volgens de staatssecretaris dat er een gebrek aan draagvlak is voor de gevraagde scholengemeenschap binnen zowel de islamitische als de hindoeïstische gemeenschap. Bovendien zouden deze organisaties hebben gewezen op de fundamentele verschillen tussen de islamitische en hindoeïstische richting.

In bovenstaande zaken spelen de statuten een belangrijke rol bij de kwalificatie van de richting van de school. Wanneer de rechter zich enkel zou baseren op de verklaring(en) van het bevoegd gezag of op de statuten van de op te richten school dan zou er sprake zijn van een subjectiverende kwalificatie. De zelfdefinitie van de school zou dan door de rechter worden gevolgd. Dit was slechts eenmaal het geval in een zaak van de Kroon uit 1979.⁷⁴ In de meeste van de bovenstaande zaken zien we echter dat de statuten en de verklaringen van het bevoegd gezag voor de rechter niet voldoende zijn om de geestelijke stroming als een richting te kwalificeren. Verder zien we een wisselend beeld in de wijze van kwalificeren. In de oudere zaken wordt wat vaker een autonome kwalificatiewijze toegepast dan in recentere zaken. Daarin wordt vaker objectiverend gekwalificeerd. Men maakt dan gebruik van deskundigenadviezen waaronder het advies van de Onderwijsraad, men laat zich adviseren door vertegenwoordigers van bepaalde geestelijke stromingen of men zoekt de vergelijking met bestaande godsdienstige stromingen.

De jurisprudentie over het oprichten van bijzondere scholen heeft het richtingbegrip nader omschreven. We kunnen deze nadere omschrijving beschouwen als het resultaat van een autonome uitleg (autonome definiëring) van de term richting door de rechter. Waarschijnlijk is die uitleg ingegeven door de gedachte dat men moet voorkomen dat er scholen worden opgericht waarvoor te weinig interesse bestaat. Een nieuwe school van dezelfde richting als een nabij gelegen school levert immers het gevaar op dat de nieuwe school concurreert met het aanbod van leerlingen van de oude school. De term richting is op de volgende wijze gedefinieerd: ten eerste heeft deze term betrekking op godsdienst of levensovertuiging. Ten tweede moet een geestelijke stroming om als richting te kunnen worden aangemerkt voldoende onderscheidend zijn van bestaande stromingen. Ten derde veronderstelt de term richting een geestelijke stroming die zich kenbaar heeft gemaakt als een wezenlijke onder het Nederlandse volk levende 'zaak'. Ten vierde dient er bij

73 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2552, *NJB* 2017/1938, r.o. 6.4 (*Ozonlaag*).

74 KB 8 februari 1979, *AB* 1979, 275; zie voor een gelijkkluidend oordeel en subjectiverende kwalificatie: KB 27 januari, *AB* 1981, 192 (ook over de reformatorische richting).

oprichting van een school op basis van een combinatie van richtingen, aan de eis worden voldaan dat de belangstelling voor de ene richting opgeteld bij de belangstelling voor de andere richting een totaal oplevert dat representatief is voor de belangstelling voor een combinatie van die twee richtingen.

De bovenstaande definiëring van het richtingbegrip past bij het ideaaltipe van het liberaal gezindtepluralisme waarin men alleen de gevestigde en erkende godsdiensten erkent.

18.7 CONCLUSIE

18.7.1 *Wat is het juridische begrip van godsdienst?*

Uit de wetsgeschiedenis en de literatuur blijkt dat de grondwetgever bij de term richting primair dacht aan godsdienst en levensbeschouwing. De grondwetgever lijkt echter principieel ruimte te hebben gelaten voor andere richtingen dan godsdienst of levensbeschouwing. Wat dat betreft heeft de term een open definitie met als belangrijke nuancering dat het niet de bedoeling van de grondwetgever is geweest om onder richting ook de wijze van onderwijs, bijvoorbeeld pedagogische inzichten te scharen. Uit de Grondwetsgeschiedenis valt op te maken dat de Grondwetgever niet nader heeft bepaald wat godsdienst of levensbeschouwing is.

De term richting is wel geobjectiveerd in de wetsgeschiedenis van en de jurisprudentie over de Leerplichtwet 1969. Uit de wetsgeschiedenis van de Leerplichtwet 1969 valt af te leiden dat de Leerplichtwetgever de term richting definieert als een redelijk statisch of vaststaand gegeven: wanneer een kind eenmaal is ingeschreven bij een school van een bepaalde richting dan kunnen de ouders of verzorgers achteraf geen bezwaar meer maken tegen de richting van die school. Deze benadering getuigt niet van een subjectiverende uitleg van de term richting omdat er geen rekening wordt gehouden met eventuele bekeringen van of veranderingen in geloofsopvattingen van de ouders.

In de jurisprudentie omtrent de richtingsbezwaren tegen de leerplicht wordt expliciet gesteld dat het begrip richting alleen godsdienst en levensovertuiging dekt. In de jurisprudentie over dit type richtingsbezwaren is bepaald dat dit begrip enkel ziet op 'welbepaalde' godsdiensten of levensbeschouwingen. Deze objectivering van de term richting berust op een autonome definiëring van de term richting door de rechter en maakt het voor de rechter mogelijk om onduidelijke geloofs- en levensbeschouwelijke opvattingen niet te erkennen als richting in de zin van richtingsbezwaar. Hierbij kan men aantekenen dat de term 'welbepaald' een vage term is die de rechter de ruimte geeft om richtingsbezwaren niet als zodanig te erkennen. In het kader van de richtingsbezwaren tegen de leerplicht speelt de kwalificatie van het bezwaar als godsdienstig of levensbeschouwelijk een ondergeschikte rol

omdat de meeste procedures stranden aangezien niet is voldaan aan formele of procedurele vereisten. Het bezwaar is dan bijvoorbeeld niet gericht tegen de richting van een concrete school. De rechter komt dan niet toe aan de kwalificatievraag.

Ook in de jurisprudentie over de subsidiëring van het leerlingenvervoer is de term richting geobjectiveerd. Daarin is gesteld dat godsdienst en levensbeschouwing moeten doorwerken op 'alle terreinen van het leven' willen ze erkend kunnen worden als richting. Deze eis lijkt de rechter autonoom te hebben bepaald (autonome definiëring). Hij verwijst hiervoor niet naar opvattingen van derden of de wetsgeschiedenis. Ten slotte wordt in deze jurisprudentie de eis gesteld dat er pas sprake is van richting wanneer een godsdienstige of levensbeschouwelijke stroming zich breed in de maatschappij bekend heeft gemaakt (geopenbaard). Dit kunnen we ook zien als een autonome uitleg (definiëring) van de term richting. Ook hier verwijst de rechter niet naar opvattingen van derden of de wetsgeschiedenis. Wat godsdienst of levensbeschouwing is wordt niet nader uiteengezet.

Om te bepalen of een richtingsbezwaar tegen de meer nabij gelegen school kan worden gekwalificeerd als een bezwaar op grond van godsdienst of levensbeschouwing hanteert de rechter een objectiverende kwalificatie. De rechter toetst aan de hand van maatstaven die liggen buiten het rechtssubject (de ouders) of het bezwaar gekwalificeerd kan worden als een richtingsbezwaar. In het verleden werd er door de rechter getoetst aan de statuten van de betreffende scholen. Hij vergeleek daarbij de statuten van de gewenste school van de ouders met de dichtstbijzijnde school. Problematisch hieraan is dat een dergelijke toets op gespannen voet staat met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid aangezien het bevoegd gezag van de scholen de aangewezen instantie is om de statuten, en de daarin neergelegde grondslag, uit te leggen en niet de rechter. De laatste jaren zijn er enkele zaken waarin de rechter als objectieve maatstaf de registratie in een landelijk register genaamd BRIN gebruikt. Het voordeel hiervan is dat register uitgaat van de richting van een school zoals die door het bevoegde gezag van een school wordt uitgelegd.

Tot slot is de term richting geobjectiveerd in de wetsgeschiedenis van en de jurisprudentie over de oprichting van de bijzondere school. In de periode direct na de inwerkingtreding van de Grondwet van 1917 speelde de term 'richting' bij de oprichting van een bijzondere school geen rol. In tegenstelling tot de huidige wetgeving was het geen vereiste dat een bijzondere school bij de oprichting een bepaalde richting had. Dit veranderde door een uitspraak van de Kroon in 1933. Die bepaalde in een zaak met betrekking tot het leerlingenvervoer dat slechts voor bekostiging in aanmerking zou worden gebracht '... bijzonder onderwijs, dat uitgaat van een van de richtingen, welke zich in het Nederlandse volk op geestelijk terrein openbaren'. Vanaf toen gold in algemene zin dat de bijzondere school diende uit te gaan van een bepaalde richting. Deze eis is door de huidige wetgever neergelegd in de WPO

en de WVO. In de literatuur stelt men dat de wetgever met het begrip richting een erkende richting bedoelt. Dat wil zeggen dat de staat in de persoon van de minister (of staatssecretaris) of de bestuursrechter deze richting heeft erkend. Op dit moment zijn de volgende richtingen door de minister of de rechter erkend: rooms-katholiek, algemeen christelijk, evangelisch, gereformeerd, protestants-christelijk, reformatorisch, de richting van de evangelische broedergemeente, joods, islamitisch, hindoeïstisch, antroposofisch, algemeen bijzonder,⁷⁵ en humanistisch.⁷⁶

Op grond van de jurisprudentie over de oprichting van bijzondere scholen kunnen de volgende conclusies worden getrokken over de betekenis van de term richting. Ten eerste heeft deze term betrekking op godsdienst of levensovertuiging. Ten tweede moet een geestelijke stroming om als richting te kunnen worden aangemerkt voldoende onderscheidend zijn van bestaande stromingen. Ten derde veronderstelt de term richting een geestelijke stroming die zich kenbaar heeft gemaakt als een wezenlijke onder Nederlandse volk levende 'zaak'. Ten vierde dient er, indien gekozen wordt voor het oprichten van een school op basis van een combinatie van richtingen, aan de eis te worden voldaan dat de belangstelling voor de ene richting opgeteld bij de belangstelling voor de andere richting een totaal oplevert dat representatief is voor de belangstelling voor een combinatie van die twee richtingen. De laatste drie eisen aan het richtingbegrip zijn tot stand gekomen door autonome definiëring van de term richting door de rechter.

Ook kan worden geconcludeerd dat in de meeste zaken de statuten en de verklaringen van het bevoegd gezag voor de rechter niet voldoende waren om de geestelijke stroming als een richting te kwalificeren. We komen een dergelijke subjectiverende kwalificatie slechts eenmaal tegen. Verder zien we in bovenstaande zaken een wisselend beeld in de wijze van kwalificeren. We zien dat in de oudere zaken wat vaker een autonome kwalificatiewijze is toegepast dan in de recentere. Daarin kwalificeert de rechter vaker objectiverend. Hij maakt dan gebruik van deskundigenadviezen waaronder het advies van de Onderwijsraad of laat zich adviseren door vertegenwoordigers van bepaalde geestelijke stromingen.

75 Dit algemeen bijzonder onderwijs wordt juist gekenmerkt doordat het bewust geen specifieke religieuze of levensbeschouwelijk grondslag heeft. Anders dan het openbaar onderwijs wordt dit onderwijs niet gereguleerd door de gemeente maar net als het overige bijzonder onderwijs door een vereniging of een stichting.

76 Guldenmond, *TvRRB* 2015-3, p. 39.

18.7.2 *Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?*

De subjectiverende definitie van het begrip richting van de grondwetgever kan worden geassocieerd met het ideaaltype van het communautarisme. De term richting is open in zijn definiëring omdat elk godsdienstig of levensbeschouwelijk collectief de vrijheid moet hebben om op basis van zijn beginselen onderwijs te (doen) geven. Wat die beginselen zijn bepaalt het rechtssubject zelf. De betekenis van de term richting wordt derhalve bepaald door het rechtssubject, in de zin van een collectief.

De objectivering van het richtingsbegrip in de wetsgeschiedenis van en de jurisprudentie over de leerplicht, de subsidiëring van het leerlingenvervoer en de oprichting van bijzondere scholen kan geassocieerd worden met het ideaaltype van het liberaal gezindteliberalisme.

Men gaat uit van tolerantie enkel ten opzichte van de traditionele in Nederland gevestigde tradities en biedt maar beperkte ruimte voor afwijkende opvattingen. Alleen welbepaalde, fundamentele, voldoende onderscheidende en godsdiensten met een omvangrijke achterban kunnen binnen dit perspectief gelden als richting. Bovendien houdt dit perspectief geen rekening met de mogelijkheid dat een persoon een religieuze bekering of verandering in opvattingen doormaakt.

19.1 INLEIDING

Wat de vrijheid van richting in haar toepassing – als collectief recht van een bijzondere school – kan inhouden, daarover geeft lid 6 van artikel 23 Grondwet meer duidelijkheid. Tijdens de parlementaire behandeling in 1916 is de slotzin van lid 6 ingevoegd:

‘Bij die regeling [de regeling betreffende de deugdelijkheidseisen geldend voor zowel het openbaar als het bijzonder onderwijs, JV] wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze van leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.’¹

Hieruit kunnen we opmaken dat de grondwetgever deze twee elementen als hoofdpunten zag van de vrijheid van het bijzonder onderwijs. Vervolgens duidt de terminologie ‘met name’ erop dat het hier niet gaat om een limitatieve opsomming.² De vrijheid van het bijzonder onderwijs heeft ook betrekking op andere onderwerpen. Te denken valt aan de vrijheid om de eigen huishouding en de bijbehorende organisatie te regelen, de vrijheid om leerlingen te selecteren en de vrijheid om het beheer en het bestuur van de school naar eigen inzicht vorm te geven.³

De vrijheid van inrichting is noodzakelijk om vorm en inhoud te geven aan de richting van een bijzondere school. In die zin zou men kunnen zeggen dat het een nadere ‘uitwerking’ is van de richtingsvrijheid.⁴ De godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van een school betreft de richting. Deze richting krijgt vorm in het onderwijs. Om godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit in het onderwijs te verweven zijn organisatorische maatregelen nodig. De vergelijking met de inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap dringt zich op. Onder de inrichtingsvrijheid van een kerkgenootschap valt ook primair de organisatie en het bestuur daarvan. Als gezegd kan ook deze vrijheid op tal van uiteenlopende onderwerpen betrekking hebben. Het bevoegd gezag van een bijzondere school is op basis van de vrijheid van inrichting vrij om zelf de bestuurlijke inrichting van de rechtspersoon te bepalen.

1 *Handelingen II 1916/17*, 32, p. 669-695 (‘Wetsontwerp tot het in overweging nemen van een voorstel van verandering van artikel 192 der Grondwet’).

2 Zijlstra 1989, p. 23.

3 Mentink & Vermeulen 2011, p. 49.

4 Zie ook Donner 1978, p. 23.

Verschil is wel dat het schoolbestuur in tegenstelling tot het 'bestuur' van een kerkgenootschap gebonden is aan de dwingende bepalingen van het rechtspersonenrecht (boek 2 BW).

We kunnen de inrichtingsvrijheid van scholen op een godsdienstige grondslag begrijpen als zelfregulering. Vanwege de godsdienstige achtergrond hebben deze scholen een bepaalde mate van autonomie. Net als bij het kerkgenootschap kan door de inrichtingsvrijheid van scholen op godsdienstige grondslag de betekenis van godsdienst worden 'verdubbeld'. Bepaalde op het eerste gezicht niet religieuze organisatorische aspecten kunnen een religieus karakter krijgen. De inrichtingsvrijheid van scholen op een godsdienstige grondslag, en de daarbij behorende subjectiverende kwalificatie van wat godsdienstig is (kwalificatie op basis van het statuut) past bij een communautaristisch perspectief. In dit perspectief wordt religieuze gemeenschappen de vrijheid gegeven om zichzelf te reguleren en daarmee zichzelf te definiëren door onder andere te bepalen wat telt als religieuze uiting of gedraging.

De (in)richtingsvrijheid en daarmee de term richting is niet als zodanig opgenomen in ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Bezien vanuit het EVRM is de richtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs een uitvloeisel van de combinatie van de collectieve dimensie van de godsdienstvrijheid en de onderwijsvrijheid. Zo valt onder artikel 9 EVRM de vrijheid tot het uitdragen en overdragen van de godsdienstige overtuiging in het onderwijs. Ook valt hieronder het recht tot oprichting en inrichting van religieuze scholen waarbinnen de belijdenis gestalte kan krijgen. De onderwijsvrijheid vult de godsdienstvrijheid op dit terrein aan. Zo wordt in artikel 2 van het eerste protocol van het EVRM onder andere het recht van ouders gewaarborgd op onderwijs conform de eigen godsdienstige of filosofische overtuigingen. Aan artikel 2 van het eerste protocol van het EVRM valt echter niet de plicht af te lezen dat de staat religieuze of levensbeschouwelijke scholen zou moeten financieren. Wat dit betreft is de richtingsvrijheid in de Nederlandse constitutie veel beter gewaarborgd. Met de extensieve uitwerking van de richtingsvrijheid in artikel 23 Grondwet lijkt de waarborg van dit grondrecht boven de maatstaven van de mensenrechtenverdragen zoals het EVRM uit te stijgen.⁵

In het navolgende bespreek ik de inrichtingsvrijheid van bijzondere scholen. In wetgeving en jurisprudentie heeft deze vrijheid eigenlijk vooral gestalte gekregen in drie verschillende uitingen of gedragingen: ten eerste in de keuze van de leermiddelen (19.2), ten tweede in de aanstelling van onderwijzers en ten derde in de selectie van leerlingen (19.3). In de jurisprudentie worden deze uitingen of gedragingen niet expliciet gekwalificeerd. Er

5 Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, par. 3.4.22.

wordt volstaan met de kwalificatie van de grondslag (de statuten) van de bijzondere school. Als die als godsdienstig wordt gekwalificeerd dan volgt hieruit dat we ook de bovengenoemde uitingen of gedragingen als godsdienstig kunnen beschouwen of op zijn minst dat deze uitingen of gedragingen van godsdienst zijn afgeleid. Gesteld kan worden dat wanneer de rechter op basis van de statuten van een school de godsdienstige grondslag kwalificeert er sprake is van een subjectiverende kwalificatie (zelfdefinitie). Hieruit volgt dan dat de keuze van de leermiddelen, de aanstelling van de onderwijzers of de selectie van leermiddelen een religieus of een daarvan afgeleid karakter heeft. In paragraaf 19.4 ga ik in op de kwalificatie van de grondslag van de bijzondere school als godsdienstig. Paragraaf 19.5 bevat de conclusie.

19.2 VRIJHEID IN DE KEUZE VAN LEERMIDDELEN

Onder de vrijheid om leermiddelen te kiezen, moet de vrijheid van een bijzondere school worden verstaan om te bepalen welke boeken en informatie-middelen zij gebruikt in het onderwijs. Volgens Vermeulen moet de term leermiddelen ruim worden uitgelegd. Hieronder vallen volgens hem ook de pedagogische en didactische middelen die direct met de richting van de school samenhangen.⁶ De reikwijdte van deze vrijheid is in de parlementaire geschiedenis geen discussiepunt geweest.⁷ Wel is in het verleden herhaaldelijk de vraag aan de orde geweest hoe de vrijheid in de keuze van de eigen leermiddelen zich verhoudt met de deugdelijkheidseisen die de overheid op grond van artikel 23 lid 6 Grondwet aan het onderwijs mag stellen. Sinds de jaren '90 van de vorige eeuw hebben deze deugdelijkheidseisen onder andere de vorm van kerndoelen die in het onderwijs verwezenlijkt moeten worden. In artikel 9 Wet primair onderwijs (WPO) staan de onderwerpen waarvan deze kerndoelen worden afgeleid, zoals rekenen, taal, geschiedenis etc. Met artikel 9 WPO lid 7 (het huidige lid 10) heeft de wetgever een substitutieregeling voor het bijzonder onderwijs tot stand gebracht op grond waarvan bijzondere scholen, indien er ernstige bedenkingen zijn tegen de door de overheid vastgestelde kerndoelen, zelf kerndoelen kunnen vaststellen. Daarbij stelt de wetgever wel de eis dat die kerndoelen gelijkwaardig zijn aan die van de overheid.⁸

Bij de totstandkoming van de substitutieregeling werd in het parlement gediscussieerd over de mogelijkheid van bijzondere scholen om eigen kerndoelen te stellen in plaats van de door de overheid geformuleerde kerndoelen (substitutie). Enerzijds waren er Kamerleden die deze substitutieregeling

⁶ Vermeulen 1999, p. 57.

⁷ *Handelingen II* 1916/17, 32, p. 669-695.

⁸ Wet Basisonderwijs *Stb.* 1992, 270, zie *Kamerstukken II* 1990/91, 20 381, nr. 141, p. 17.

wilden beperken tot de leerdoelen met betrekking tot staatsinrichting en geschiedenis,⁹ anderzijds waren er Kamerleden die meenden dat het concept kerndoelen, los van een op te nemen substitutieregeling, indruist tegen de grondwettelijke vrijheid van bijzondere scholen om zelf hun leermiddelen te kiezen. De regering meende destijds dat de overheid (of de gemeenschap) in beginsel van al haar burgers en ook minderheden mag vragen om zich in het onderwijs te conformeren aan een minimum aantal kerndoelen. Alleen indien het bevoegd gezag van een bijzondere school ernstige bedenkingen had tegen een kerndoel kon het hiervoor een vervangend kerndoel in de plaats stellen.¹⁰ Nadien is nog verscheidene keren gediscussieerd over de verhouding tussen de deugdelijkheidseisen en de vrijheid om eigen leermiddelen te kiezen. Zo ontstond in de jaren '90 van de vorige eeuw de discussie of de evolutietheorie van Darwin als kerndoel van het vak biologie getoetst moest worden op het schriftelijk examen voor havo en vwo.¹¹ De vraag was toen of een dergelijke deugdelijkheidseis niet inging tegen de vrijheid van het bijzonder onderwijs om haar eigen leermiddelen te kiezen.¹²

De substitutieregeling van artikel 9 lid 10 WPO kan men zien als de impliciete kwalificatie van het kiezen van leermiddelen als een mogelijke godsdienstige uiting of gedraging. De wetgever geeft hiermee in navolging van de grondwetgever aan dat het kiezen van leermiddelen valt onder de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs en in sommige gevallen kan deze zwaarder wegen dan de deugdelijkheidseisen van de overheid. In theorie kan de keuze voor bepaalde leermiddelen voor de rechter resulteren in de vraag of deze keuze voortvloeit uit de godsdienstige grondslag van de school. Indien de rechter deze vraag zou beantwoorden aan de hand van de statuten van de betreffende school is er sprake van een subjectiverende kwalificatie. In praktijk is deze kwestie niet aan de orde. Vooralsnog is hierover geen jurisprudentie.

19.3 VRIJHEID IN DE KEUZE VAN ONDERWIJZERS EN LEERLINGEN

De vrijheid om onderwijzers te kiezen en leerlingen te selecteren vormt een ander belangrijk aspect van de inrichtingsvrijheid. Het zijn horizontale rechten die het bevoegd gezag van een bijzondere school kan inroepen tegen

9 Zie voor Kamervragen over de ontheffing voor het bijzonder onderwijs om zich te conformeren aan de kerndoelen: *Kamerstukken II* 1990/91, 20 381, nr. 40, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 1990/91, 20 381, nr. 40, p. 45.

11 *Aanhangsel Handelingen II* 1994/95, 1120. Zie ook Mentink, *TvRRB* 2010-3, p. 55.

12 In 2005 ontstond ook ophef over de sympathiserende houding van toenmalig minister Van der Hoeven ten aanzien van de theorie Intelligent Design (ID). Zie o.a. *Aanhangsel Handelingen II* 2004/05, 1584.

particulieren. Om deze rechten te garanderen scheppen artikel 5 lid 3 onder c (aanstelling en ontslag onderwijzers) en artikel 7 lid 2 (selectie leerlingen) van de Algemene wet gelijke behandeling uitzonderingen op het verbod op het maken van onderscheid bij de aanbidding van arbeid respectievelijk diensten.¹³

Scholen mogen onderscheid maken op grond van hun grondslag. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met de term grondslag wordt verwezen naar de vrijheid van richting van het bijzonder onderwijs en dat hieronder alleen de godsdienstige of levensbeschouwelijke identiteit van de school wordt verstaan.¹⁴ De genoemde uitzonderingen in de AWGB kan men zien als de erkenning van de wetgever dat het maken van onderscheid (onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden) geldt als een godsdienstige uiting of gedraging.

In de wetsgeschiedenis van de AWGB komt naar voren dat de rechter niet de taak heeft de geestelijke grondslag van een bijzondere school te beoordelen. Hij oordeelt slechts of sprake is van een instelling van bijzonder onderwijs, wat blijkens de statuten de grondslag is van die instelling en of in de kwestie die aan de orde is aan die instelling een beroep toekomt op de genoemde uitzonderingen.¹⁵ Met dit uitgangspunt huldigt de wetgever het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid. Tevens kan men dit uitgangspunt van de wetgever beschouwen als een subjectiverende definitie van de wettelijke terminologie 'godsdienstige grondslag'. Volgens de wetgever dient de rechter op basis van het statuut van de school te beoordelen of het gemaakte onderscheid is ingegeven door een godsdienstige grondslag. Indien dit zo is, is dit onderscheid te kenmerken als een godsdienstige uiting of gedraging.

Op EU-niveau zijn er ook uitzonderingsbepalingen ten aanzien van gelijke behandelingswetgeving. Op grond van artikel 4, lid 1 en 2 van de kaderrichtlijn gelijke behandeling¹⁶ en in overeenstemming met artikel 7 lid 2 en artikel 5 lid 3 sub c AWGB, kan een instelling van bijzonder onderwijs op grond van godsdienst onderscheid maken bij de selectie van leerlingen of net zoals is geregeld in artikel 23 lid 6 Grondwet, bij het aanstellen van leerkrachten. Op grond van artikel 4 lid 2 van de kaderrichtlijn kunnen lidstaten bepalen dat voor de beroepsactiviteiten van kerken en van organisaties op godsdienstige grondslag een verschil in behandeling gebaseerd op godsdienst geen verboden discriminatie is vanwege de aard van de activiteiten of de context waarin deze worden uitgeoefend. Dat kan alleen onder de voorwaarde dat iemands godsdienst of overtuiging een wezenlijk, legitiem en gerecht-

13 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 22-23.

14 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 7-8.

15 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 18.

16 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000, *PBEU* L 303/16.

vaardigd beroepsvereiste vormt gezien de grondslag van de organisatie. Ingevolge artikel 4 lid 2 kan dit alleen onderscheid op grond van godsdienst betreffen en niet een op een andere grond gebaseerde discriminatie. Kerken en organisaties op godsdienstige grondslag mogen binnen dit kader van personen die voor hen werkzaam zijn een houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de organisatie verlangen.

We kunnen stellen dat de uitzonderingen op de EU-gelijkebehandelingswetgeving laten zien dat de EU-wetgever het maken van onderscheid door scholen op een godsdienstige grondslag onder voorwaarden erkent als een door religie ingegeven handeling. Daarmee wordt het maken van onderscheid onder voorwaarden door de EU-wetgever impliciet gekwalificeerd als een religieuze uiting of gedraging. Bovenstaande ieder verbindende bepalingen hebben vooralsnog echter geen jurisprudentie opgeleverd waarin de kwalificatie van de richting en de inrichting van religieus onderwijs een rol speelt.

19.4 KWALIFICATIE VAN DE GRONDSLAG VAN EEN BIJZONDERE SCHOOL DIE ONDERSCHIED MAAKT BIJ DE SELECTIE VAN ONDERWIJZERS EN LEERLINGEN

19.4.1 Voorwaarden voor het maken van onderscheid

Een school op godsdienstige grondslag mag ingevolge artikel 23 lid 6 Grondwet onder bepaalde voorwaarden (opgenomen in artikel 7 respectievelijk artikel 5 AWGB) onderscheid maken in de toelating van leerlingen of de aanstelling van leerkrachten. De rechter zal in die gevallen door toetsing van de statuten de grondslag van de school moeten kwalificeren. Indien deze godsdienstig is, is het onderscheid te kwalificeren als een godsdienstige uiting of gedraging (of op zijn minst een uiting of gedraging die van godsdienst is afgeleid) en kan dit onder bepaalde voorwaarden vallen onder de richtingsvrijheid.

Hoewel de selectie van leerlingen en leerkrachten door een bijzondere school op basis van de godsdienstige grondslag kan worden gezien als een godsdienstige uiting heeft de wetgever bepaald dat deze godsdienstige uiting slechts onder bepaalde voorwaarden bescherming vindt in het recht. De reden hiervoor is dat deze godsdienstige uiting in veel gevallen op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 Grondwet. Deze voorwaarden zijn af te leiden uit artikel 7 lid 2 AWGB en artikel 5 lid 3 sub c AWGB.

Het komt er grofweg op neer dat een school onderscheid mag maken indien dit onderscheid: 1) is gebaseerd op een godsdienstige grondslag, 2) nodig is voor de verwezenlijking van de grondslag, 3) geen betrekking heeft op

de non-discriminatiegronden van politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat,¹⁷ 4) het toelatingsbeleid van de school voldoende consistent en consequent is. Van deze voorwaarden is in het kader van dit onderzoek eigenlijk alleen de eerste relevant omdat alleen die vraag betrekking heeft op de uitleg van het begrip godsdienst. De andere voorwaarden laat ik verder buiten beschouwing.¹⁸

19.4.2 Selectie van leerlingen

In het onderstaande bespreek ik enkele zaken waarin in het kader van de selectie van leerlingen de kwalificatie van de grondslag van de school als godsdienstig aan de orde was. In de *Maimonides*-zaak uit 1988 weigerde het Maimonideslyceum te Amsterdam de aanmelding van een leerling omdat hij niet joods (genoeg) zou zijn. De school verwijst voor dit standpunt naar haar statuten (grondslag) waarin staat opgenomen dat de school een identiteit heeft die is gebaseerd op de richtlijnen van de 'Halacha' (wetgeving gebaseerd op de Thora). In de lezing van de school was de leerling volgens deze richtlijnen geen jood.¹⁹ De ouders van de leerling waren het hiermee niet eens en stelde dat de Halacha op verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd en dat op grond van een meer liberale interpretatie hun zoon wel als jood zou moeten worden erkend. Hiertegenover stelde de school dat de Halacha slechts voor één uitleg vatbaar is, te weten de uitleg die zij daaraan gaf. De Hoge Raad kwalificeerde de grondslag van de school als godsdienstig en ging daarbij uit van de zelfinterpretatie van de school:

'Daarbij moet worden vooropgesteld dat [...] die weigering in overeenstemming is met het toelatingsbeleid van de Stichting dat steunt op haar uitleg van in haar statuten neergelegde toelatingsnormen, alsmede dat het daarbij gaat om toelatingsnormen van religieuze aard die ertoe strekken de (religieuze) joodse identiteit van de school te handhaven.'

17 Tot 2014 gold de zogenoemde 'enkele feitconstructie'. Deze constructie is vervangen omdat deze leidde tot allerlei onduidelijkheid over de toepassing en geldigheid van de non-discriminatiegronden. Zo speelde de vraag of een homoseksuele docent door een bijzondere school kon worden ontslagen op grond van de bijkomende omstandigheid dat hij een relatie had. Zie hierover Vleugel 2014.

18 Ze zijn te vergelijken met de beperkingen die opgelegd kunnen worden aan het grondrecht van de vrijheid van godsdienst zoals opgenomen in de beperkingsclausule.

19 HR 22 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0151 (*Maimonides*).

De school had volgens de Hoge Raad de vrijheid om op basis van haar godsdienstige grondslag toelatingseisen te stellen.²⁰ Dit uitgangspunt is in 1994 met de totstandkoming van de AWGB door de wetgever in artikel 7 lid 2 bekrachtigd.²¹

In 2006 sprak de Rechtbank Utrecht zich uit over de weigering van een leerling tot het reformatorische Hoornbeek College. Volgens de ouders van de leerling zouden er slechts accentverschillen zijn tussen de godsdienstige opvattingen van de school en die van henzelf. De rechter oordeelde echter dat de in de statuten neergelegde toelatingsnormen die de school hanteerde, voortvloeiden uit haar godsdienstige grondslag en dat, nu de leerling hieraan op een aantal punten niet voldeed, het schoolbestuur in alle redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.²² In hoger beroep kwalificeerde het hof de grondslag van het Hoornbeek College eveneens als godsdienstig. Het ging echter niet verder in op de interpretatieverschillen over de geestelijke grondslag tussen de school en de ouders van de leerling maar kwam in tegenstelling tot de rechtbank tot het oordeel dat het toelatingsbeleid onvoldoende consistent en consequent was.²³

In 2011 speelde de zaak van het Don Bosco-college.²⁴ Deze katholieke school stond een islamitische leerling niet toe om tijdens de lessen een hoofddoek te dragen omdat dit volgens de school in strijd was met haar katholieke identiteit. Deze zaak werd eerst aanhangig gemaakt voor de CGB, daarna bij de kantonrechter en vervolgens in hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam. Alle drie de instanties kwalificeerden de grondslag van het Don Bosco-college als godsdienstig.²⁵ In hoger beroep stelde het gerechtshof:

‘Het gaat hier om een instelling van bijzonder onderwijs met een godsdienstige, te weten rooms-katholieke, grondslag. Daarvan blijkt voldoende uit de statuten van de Stichting, het informatieboekje, de schoolgids en het schoolreglement, uit de activiteiten van het College en uit zijn naam.’

In tegenstelling tot de CGB waren de rechtbank en het hof van oordeel dat het Don Bosco-college een consistent en consequent toelatingsbeleid hanteerde en achtten zij het onderscheid rechtmatig.²⁶

20 HR 22 januari 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0151, AB 1988, 96, r.o. 3.6, m.nt. FHvdB; zie ook Gerechtshof Amsterdam 25 juni 1987, AB 1987, 411.

21 De AWGB bestond nog niet ten tijde van de *Maimonides*-zaak. In deze zaak werd door de school dan ook een direct beroep gedaan op de inrichtingsvrijheid opgenomen in art. 23 Grondwet.

22 Rb. Utrecht 1 augustus 2006, NJF 2006, 460.

23 Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2007, JA 2007, 140; NJF 2007, 389.

24 CGB 7 januari 2011, oordeel 2011-2. Zie ook CGB 9 september 2008, oordeel 2008-112.

25 Rb. Haarlem 4 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0063.

26 Gerechtshof Amsterdam 6 september 2011, NJF 2011, 400. Vgl. Post 2014, p. 341.

Een opmerkelijke zaak is ten slotte de beëindiging van de inschrijving van een pedofiele student aan de opleiding pedagogiek door het college van bestuur van de Radboud Universiteit Nijmegen. De universiteit beriep zich op haar katholieke grondslag, gegrondvest in de katholieke moraal, waaraan ernstige afbreuk zou worden gedaan door de expliciete en publieke profilering van de student als pedofiel. De universiteit verwijst voor de eigen aard naar de statuten van de 'Stichting Katholieke Universiteit' en naar het naar aanleiding daarvan opgestelde *Strategisch Plan 2005-2009*. In artikel 10 lid 2 van die statuten is bepaald dat de katholieke identiteit van de universiteit (en het ziekenhuis) bewaakt en bevordert dient te worden. Het College van Beroep voor het hoger onderwijs stelt de universiteit in het gelijk. Het is volgens het College te begrijpen dat de universiteit stelt dat de vrije opvattingen op seksueel gebied en het in het openbaar verkondigen van zijn pedofiele opvattingen in strijd zijn met de katholieke moraal. Annotator Vermeulen merkt op dat deze motivering van de rechter niet sterk is omdat de katholieke identiteit van de universiteit de laatste decennia sterk is verwaterd.²⁷ Hij appelleert daarmee aan de in de jurisprudentie ontwikkelde eis van een consistent en consequent toelatingsbeleid.

19.4.3 Selectie van leerkrachten

In het onderstaande bespreek ik zaken waarin in het kader van de selectie van leerkrachten (artikel 5 lid 2 sub c AWGB) de kwalificatie van de grondslag van de school als godsdienstig aan de orde was. In 1999 en in 2007 werden zaken aan de CGB voorgelegd over christelijke scholen die naar eigen zeggen vanwege hun godsdienstige identiteit onderscheid maakten op basis van homoseksualiteit. In beide zaken erkende de CGB op basis van de statuten van de scholen dat het onderscheid dat werd gemaakt voortvloeide uit hun godsdienstige grondslag, met andere woorden ze kwalificeerde de grondslag van de school als godsdienstig. Zo overwoog de CGB in de zaak uit 1999:

'Tevens stelt de Commissie vast dat op uit de onder 3.1. aangehaalde documenten [de statuten, JV] met betrekking tot de grondslag van de instelling blijkt dat sprake is van een instelling van bijzonder onderwijs zoals bedoeld in artikel 5 lid 2 sub c AWGB en dat door de bevoegde bestuurders van deze instelling als zodanig een beroep kan worden gedaan op de wettelijke uitzondering.'

27 CBHO 17 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA5616, AB 2007, 151, m.nt. B. P. Vermeulen.

Uiteindelijk werd het onderscheid in beide zaken echter niet beschermd omdat het niet voldeed aan de voorwaarden zoals gesteld in de AWGB.²⁸ Ook in de bekende *Schilder*-zaak die in 2011 aan de rechtbank werd voorgelegd, werd het onderscheid dat de christelijke K. Schilder-school maakte op basis van homoseksualiteit niet beschermd omdat niet aan alle voorwaarden was voldaan. Wel kwalificeerde de rechter, net als de CGB in de eerder genoemde zaken, de grondslag van de school als godsdienstig. De rechter ging in deze zaak inhoudelijk niet uitgebreid in op de grondslag van de school. Hij volstond met de constatering dat het gaat om '... bijzondere onderwijsinstelling met een gereformeerde identiteit, die zich conformeert aan de standpunten van kerk en Synode'.²⁹

De selectie van leerkrachten door het bijzonder onderwijs heeft niet alleen tot juridische procedures geleid ten aanzien van homoseksuele docenten. Er zijn uiteenlopende zaken geweest. Bijvoorbeeld een zaak over een protestants-christelijke school die van werknemers eiste dat ze een verklaring zouden ondertekenen waarin was opgenomen dat ze binnen de school geen kleding zouden dragen die refereerde aan een andere godsdienst dan de protestants-christelijke. De CGB kwalificeerde deze eis als onderscheid op grond van godsdienst en ging daarbij uit van de wijze waarop het bevoegd gezag van de school zijn statuten uitlegde. De CGB overwoog:

'Verzoekster heeft gemotiveerd aangevoerd dat het uitdragen en belijden van een andere godsdienstige overtuiging haars inziens onverenigbaar is met haar eigen protestants christelijke identiteit. Dit geldt zowel voor de kleding van medewerkers als die van leerlingen. Daarom acht verzoekster het noodzakelijk om, ter waarborging van haar identiteit, het dragen van kleding te verbieden die uiting geeft aan een andere godsdienstige overtuiging dan de protestants christelijke. Op grond van het voorgaande concludeert de Commissie dat de eis nodig is voor de verwezenlijking van de grondslag van verzoekster.'³⁰

Een andere zaak waarin de CGB de grondslag van de school op basis van de statuten en de verklaring(en) van de school kwalificeerde als godsdienstig is de zaak-*Agora* waarin de CGB oordeelde over een evangelische basisschool (*Agora*) die een sollicitante zou hebben afgewezen vanwege haar visie op het huwelijk en op het feit dat de sollicitante ongehuwd op reis was geweest met haar vriend. De CGB overweegt dat de school een evangelische grondslag heeft die terug te vinden is in de oprichtingsakte, de schoolgids, het schoolplan en op de website van de school. Uiteindelijk oordeelt de CGB echter dat

28 CGB 15 juni 2007, oordeel 2007-100 en CGB 9 september, oordeel 99-38.

29 Rb. Den Haag (sector kanton) 2 november 2011, *JAR* 2011, 305, r.o. 5.3.2.

30 CGB 16 april 2007, oordeel 2007-61.

onderscheid onrechtmatig is omdat er niet is voldaan aan de voorwaarden genoemd in de AWGB (omdat er sprake was van onderscheid op grond van het enkele feit van burgerlijke staat).³¹

In de bovengenoemde jurisprudentie met betrekking tot de selectie van leerlingen en leerkrachten bepaalt de rechter of de school een godsdienstige grondslag heeft. Indien dit zo is, dan is de school een bijzondere school en geniet zij richtingsvrijheid en kan zij onder voorwaarden onderscheid maken op grond van godsdienst. We zien dat in deze zaken de rechter eigenlijk probleemloos uitgaat van een subjectiverende kwalificatie. De rechter bepaalt aan de hand van de statuten en de verklaringen van het bestuur van de school de identiteit van de school. Daarmee geeft de rechter navolging aan de bedoeling van de wetgever. Dat dit zo probleemloos gaat, komt waarschijnlijk doordat de AWGB en de daarover ontstane jurisprudentie voldoende handvatten geven om het gemaakte onderscheid alsnog op andere gronden als onrechtmatig af te doen.

19.5 CONCLUSIE

19.5.1 *Wat is het juridische begrip van godsdienst?*

De richtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs krijgt gestalte in de ‘inrichting’ van het bijzonder onderwijs. De inrichtingsvrijheid is de vrijheid om de richting uit te werken en te regelen. Het is zelfregulering vanwege de richting. Indien de richting een godsdienstige is kunnen we de uitingen en handelingen die gestalte geven aan deze richting, met andere woorden, de activiteiten die vallen onder de inrichting, beschouwen als godsdienstige uitingen en gedragingen. In artikel 23 Grondwet worden hiervan twee voorbeelden genoemd: de keuze van de leermiddelen en de keuze van onderwijzers. We zouden kunnen zeggen dat de grondwetgever de keuze van de leermiddelen en de keuze van docenten heeft gekwalificeerd als inrichtingsaspecten en daarmee (indien de richting godsdienstig is) als godsdienstige uitingen of gedragingen.

In de WPO heeft de wetgever een bepaling opgenomen waarin staat dat bijzondere scholen indien er ernstige bedenkingen zijn tegen door de overheid vastgestelde kerndoelen, zelf kerndoelen kunnen vaststellen. Uit deze bepaling blijkt impliciet dat de wetgever de keuze voor de studiestof kwalificeert als een inrichtingsaspect. Hij erkent dat de keuze voor leermiddelen kan zijn ingegeven door de richting van de school. Eenzelfde impliciete kwalificatie vinden we in de AWGB. De wettelijke bepalingen van de AWGB die het voor bijzondere scholen mogelijk maken om op basis van godsdienstige of le-

31 CGB 1 juli 2011, oordeel 2011-102.

vensbeschouwelijke grondslag onderscheid te maken in de selectie van leerlingen en docenten kan men zien als de erkenning van de wetgever dat het maken van onderscheid voortvloeit uit de richting van de school.

De inrichtingsvrijheid van scholen op een godsdienstige grondslag wordt net als de vrijheid van kerkgenootschappen beheerst door het statuut. Wanneer de rechter op basis van het statuut bepaalt dat de grondslag van een school godsdienstig is zodat ook de hieruit vloeiende uiting of gedraging godsdienstig is, kunnen we spreken van een subjectiverende kwalificatie. De rechter laat zich dan leiden door de zelfdefinitie van een school. In feite sluit de rechter dan aan bij de bedoeling van de wetgever aangezien de inrichtingsvrijheid ook de vrijheid impliceert van een religieuze school om zelf (het bevoegd gezag) te bepalen wat zijn godsdienstige identiteit is en op welke manier deze identiteit zich manifesteert (tot uitdrukking komt). We kunnen dus stellen dat de wetgever met de inrichtingsvrijheid een subjectiverende kwalificatie aan de rechter voorschrijft.

We zien dat de bedoeling van de wetgever in de jurisprudentie over de selectie van onderwijzers en leerlingen door bijzondere scholen ook daadwerkelijk wordt gevolgd. De rechter gaat in al deze zaken uit van een subjectiverende kwalificatie. Hij bepaalt op basis van de statuten of de school een godsdienstige grondslag heeft. Indien dit zo is dan is het gemaakte onderscheid een uitvloeisel van de godsdienstige grondslag en wordt het onder bepaalde voorwaarden beschermd.

19.5.2 Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?

De grondwetgever geeft niet echt een legitimatie voor de kwalificatie van de keuze voor de leermiddelen en de selectie van leerkrachten als 'inrichting'. Het lijkt erop dat de grondwetgever deze twee gedragingen ziet als voorbeelden van wat de inrichting zoal kan inhouden. De wetgever heeft deze twee voorbeelden van inrichting, evenals de selectie van leerlingen, beschermd in de wet. De term inrichting is door de grondwetgever echter niet beperkt tot bepaalde onderwerpen. Dat komt doordat de grondwetgever bijzondere scholen vanwege de godsdienstige grondslag de vrijheid heeft gegeven om zelf invulling te geven aan de inrichting. De inrichting van een bijzondere school heeft de strekking van zelfregulering. Deze zelfregulering omvat dan het recht om zelf de identiteit organisatorisch vorm te geven in uitingen en gedragingen. Het gevolg is dat bepaalde op het oog niet-religieuze organisatorische aspecten, zoals de selectie van leerkrachten en leerlingen een religieus karakter kunnen krijgen.

De inrichtingsvrijheid zoals die door de grondwetgever is toegekend aan bijzondere scholen veronderstelt een subjectiverende kwalificatiewijze. Het bevoegd gezag van een bijzondere school bepaalt zelf wat zijn inrichting is en

daarmee wat telt als godsdienst(ig). Deze benadering kan worden gelegitimeerd vanuit een communautaristisch ideaaltype. Binnen dat ideaaltype wordt aan religieuze groeperingen in de maatschappij een bepaalde mate van zelfregulering gelaten. We zien dat de rechter de bedoeling van de grondwetgever respecteert. De rechter gaat in zaken waar de selectie van leerkrachten of leerlingen aan de orde is vrij probleemloos uit van een subjectiverende kwalificatie. De rechter kwalificeert dan de grondslag van de school op basis van de statuten en de verklaringen van het bevoegd gezag van de school en gaat er op grond daarvan uit dat het gemaakte onderscheid een godsdienstige uiting of gedraging is. Dat dit zo probleemloos gaat komt waarschijnlijk doordat de AWGB-wetgever allerlei voorwaarden heeft verbonden aan het maken van onderscheid op basis van godsdienst. Hierdoor wordt het gemaakte onderscheid op basis van godsdienst in veel gevallen toch als onrechtmatig beoordeeld.

Deel IV
Conclusies naar aanleiding van de subvragen

20.1 ANALYSE VAN HET JURIDISCHE BEGRIIP VAN GODSDIENST

De eerste subvraag van dit onderzoek luidt: **Wat is het juridische begrip van godsdienst?** Naar aanleiding van deze vraag is de uitleg van het begrip godsdienst onderzocht. Dit is ten eerste gedaan door onderzoek naar de formuleringen van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet, de vaste rechtspraak over deze grondrechtsbepalingen en het commentaar hierop in de literatuur, ten tweede op basis van een thematisch onderzoek naar onderwerpen met een religieus object.

Ten aanzien van het eerste punt, de formuleringen van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet, de vaste rechtspraak over deze grondrechtsbepalingen en het commentaar hierop in de literatuur kan geconcludeerd worden dat het begrip godsdienst een onbepaald begrip is. Het wordt niet nader omschreven. Toch zijn er ook wel bepaalde aspecten van deze grondrechtsobjecten die het begrip van godsdienst een enigszins objectief karakter geven. We kunnen daarbij denken aan de leer van het *forum internum* en *forum externum*, de leer van de kernrechtbenadering en het in artikel 6 Grondwet gemaakte onderscheid tussen een publiek en privaat domein. Deze objectiveringen zorgen voor een bepaalde rangschikking van godsdienst waardoor er als het ware 'eersterangs' en 'tweederangs' vormen van godsdienstuitoefening ontstaan. Ook het in de nationale en EHRM-jurisprudentie ontwikkelde – en tot voor kort onbetwiste – uitgangspunt dat *alleen* uitingen en gedragingen die een *directe uitdrukking zijn* van godsdienst of levensbeschouwing vallen onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet kunnen we beschouwen als zekere objectivering van het godsdienstbegrip. Alledaagse uitingen of gedragingen die worden gereguleerd door 'neutrale' wetten worden op grond van dit uitgangspunt niet erkend als uiting of gedraging van godsdienst of levensovertuiging. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak over de antroposofische huisarts die weigerde deel te nemen aan een pensioensregeling. De ARRvS overwoog dat de pensioensregeling moet worden beschouwd als een neutrale wet en dat de weigering om hieraan deel te nemen niet kan worden gekwalificeerd als directe uitdrukking van godsdienst. Ten slotte kan er gewezen worden op de eis in jurisprudentie van het EHRM dat een godsdienst of levensovertuiging moet worden gekenmerkt door 'een zekere graad van overreding, ernst, cohesie en belangrijkheid'. Met vage opinies of ideeën neemt men geen genoegen. Er moet sprake zijn van een identificeerbare religie of overtuiging. Ook noemt het EHRM als voorbeeld van zaken die een directe expressie zijn van godsdienst of levensovertuiging '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a

belief in a generally accepted form'. Traditionele uitingen of gedragingen worden op grond van deze overwegingen, omdat ze immers algemeen aanvaard zijn, makkelijker als godsdienstig gekwalificeerd dan overige uitingen en gedragingen.

Op basis van het tweede punt, de analyse van verschillende onderwerpen met een religieus object binnen uiteenlopende rechtsgebieden (zie 1.7 voor een overzicht hiervan) kan geconcludeerd worden dat het godsdienstbegrip een uiteenlopend begrip is. In 3.6 is naar voren gebracht dat de meeste auteurs menen dat het godsdienstbegrip onderhevig is aan een subjectiverende tendens. Uit de positiefrechtelijke analyse blijkt dat deze auteurs dit voor een aantal onderwerpen juist vaststellen. Echter, dit geldt niet voor alle onderwerpen. De analyse maakt duidelijk dat er onderwerpen zijn waarbij:

- een meer objectief begrip van godsdienst wordt beïnvloed door een subjectiverende trend,¹
- reeds vanaf de totstandkoming een overwegend subjectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd,
- een toenemende subjectivering van het begrip godsdienst gecorrigeerd wordt door een objectiverende tegenbeweging,
- een meer objectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd,
- geen consistente uitleg van het begrip godsdienst is te ontwaren.

20.1.1 Onderwerpen waarbij een meer objectief begrip van godsdienst beïnvloed wordt door een subjectiverende trend

(1) Op het terrein van het asielrecht is een voorzichtige trend waar te nemen richting een meer subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Deze koersverandering is ingezet door de EU-wetgever en het HvJEU. De bestuursorganen, de nationale rechter en het EHRM kwalificeerden tot voor kort vooral objectiverend.

We kunnen constateren dat in de nationale en EHRM-jurisprudentie over de aanvraag van een asielverblijfsvergunning in het kader van vervolging op grond van godsdienst niet zozeer de vraag aan de orde is 'wat telt als godsdienst', maar meer de vraag naar de betrouwbaarheid van het relaas van de asielzoeker. Die betrouwbaarheid wordt objectiverend tegemoet getreden. De asielzoeker moet aannemelijk maken dat hij de betreffende godsdienst aanhangt. De vraag naar de geloofwaardigheid van de asielzoeker wordt echter niet los gezien van de vraag naar de betekenis van godsdienst. Weliswaar gaan de bestuursorganen en de rechter ervan uit dat godsdienst niet kan worden begrepen als een theoretische abstractie onafhankelijk van persoonlijke beleving, maar toch houden ze vast aan het verifiëren van bepaalde

1 In 3.2 en 3.3 zijn de begrippen 'subjectief' en 'objectief' beschreven.

‘feiten’ over de betreffende godsdienst. De feiten zijn niet alleen individueel van aard, in de zin dat ze gaan over de persoonlijke ervaringen van de asielzoeker maar hebben ook betrekking op de algemene principes van de betreffende religie. Zo werden in het verleden aan asielzoekers vragen gesteld over de betekenis van Pinksteren en Pasen. Dergelijke vragen veronderstellen een geobjectiveerd beeld van een godsdienst, in dit geval van het christendom. De conclusie is dan ook dat men de geloofwaardigheid van het asielrelaas tot op zekere hoogte toetst aan de hand van een objectiverende duiding van een specifieke godsdienst. Op basis van een algemeen gangbare uitleg van de leer en de praktijk van de betreffende geloofsovertuiging en op grond van adviezen van deskundigen (bijvoorbeeld kerkelijke instanties) worden door bestuursorganen en rechters vragen gesteld. Wat godsdienst is, wordt dus niet alleen bepaald aan de hand van de verklaring van de vreemdeling (subjectiverende kwalificatie) maar ook op basis van algemene opvattingen (objectiverende kwalificatie).

Ook de in de Nederlandse en EHRM-jurisprudentie gehanteerde kernrechtbenadering getuigt van een meer objectief godsdienstbegrip. De kernrechtbenadering gaat uit van de opvatting dat vrijheid van godsdienst hiërarchisch gerangschikt kan worden in een gedeelte dat betrekking heeft op het privédoorn (forum internum) en een daaraan ondergeschikt gedeelte dat betrekking heeft op het publieke doorn (forum externum). Het gevolg van deze benadering is dat een gelovige niet zelf kan bepalen welke godsdienstige uiting of gedraging voor hem van wezenlijk belang is. Zo zouden bijvoorbeeld evangelisatieactiviteiten in de publieke sfeer door de rechter niet tot de kern van de godsdienstvrijheid kunnen worden gerekend (op grond waarvan beperkingen hierop zijn toegestaan en de asielzoeker niet vervolgd wordt op grond van godsdienst) terwijl in de beleving van de asielzoeker dit behoort tot de essentie van zijn geloof.

Het HvJEU brengt echter in een zaak uit 2012 expliciet het belang van een subjectief godsdienstbegrip naar voren. Het HvJEU stelt dat de aantasting van de uiterlijke beleving van de godsdienstvrijheid al voldoende reden kan zijn om deze te kwalificeren als daad van vervolging. Bij de beoordeling van deze aantasting moet volgens het HvJEU uitgegaan worden van de verklaring van de vreemdeling over zijn beleving van godsdienstige uitingen en gedragingen. Wanneer de vreemdeling een schending ervaart van zijn godsdienstuioefening in woord en daad, dan dient dat het uitgangspunt te zijn. De vraag of een uiting of gedraging godsdienstig is moet dus primair worden bepaald door het rechtssubject. Daarmee gaat deze uitspraak in tegen de veronderstelling dat godsdienstige uitingen en gedragingen getoetst moeten worden aan criteria buiten het rechtssubject. Deze benadering sluit ook een kernrechtbenadering uit waarbij men op voorhand een hiërarchie aanbrengt tussen verschillende godsdienstige uitingen en gedragingen. De uitspraak van het HvJEU heeft geleid tot aanpassing van het nationale beleid en juris-

prudentie. Aan de opvattingen van de vreemdeling wordt een zwaarder gewicht toegekend.

De meer subjectiverende kwalificatie van het HvJEU sluit aan bij de definiëring van het begrip godsdienst door de nationale en de EU-wetgever. De nationale en de EU-wetgever gaan namelijk uit van een breed begrip van godsdienst. De wettelijke definitie van de vervolgingsgrond godsdienst is:

‘theïstische, niet-theïstische en atheïstische geloofsovertuigingen, het deelnemen aan of het zich onthouden van formele erediensten in de particuliere of openbare sfeer, hetzij alleen of in gemeenschap met anderen, andere religieuze activiteiten of uitingen, dan wel vormen van persoonlijk of gemeenschappelijk gedrag die op een godsdienstige overtuiging zijn gebaseerd of daardoor worden bepaald’.

In principe kunnen alle overtuigingen en vormen van belijden hieronder worden geschaard, zowel individueel als collectief.

(2) Daarnaast heeft de subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst in het strafrecht aan de wieg gestaan van het schrappen van het godslasteringsverbod (2014). De wetgever vond dat het godslasteringsverbod teveel gericht was op, en uitging van, de monotheïstische godsdiensten, in het bijzonder de christelijke, waardoor er geen sprake zou zijn van gelijke behandeling. In feite zegt de wetgever dat eerder teveel is uitgegaan van een objectiverende definitie. Opmerkelijk is dat de wetgever in plaats van een wet te maken die bescherming bood aan alle godsdiensten er voor koos om het godsdienstbeschermende verbod in te trekken. Met andere woorden, de subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst heeft niet geleid tot een aanpassing van de strafwet waardoor alle aanhangers van alle godsdiensten tegen godslastering worden beschermd. Dit kan verklaard worden vanuit het toenemende belang dat men is gaan hechten aan de vrijheid van meningsuiting. Desondanks kan de conclusie worden getrokken dat de wetgever op grond van een subjectiverende uitleg besloot om de wet in te trekken.

(3) Verder is bij de eedsaflegging in gerechtelijke procedures de subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst relevant. Dit geldt voor zowel de wetgeving als de jurisprudentie. Voorheen stelden wetgever en rechter op basis van het lidmaatschap van een kerkgenootschap vast of men een eed of belofte moest afleggen en in welke vorm dit diende te gebeuren. In de meer recente wetgeving en jurisprudentie is dit uitgangspunt verlaten en hanteert men een subjectieve uitleg. Het is de justitiabele die bepaalt of er een eed of een belofte wordt afgelegd en in welke vorm dit dient te geschieden. Ook het EHRM lijkt ten aanzien van de vorm van de eed een meer subjectieve uitleg voor te staan. Het oordeelde dat de eis om een verplichte eed op christelijke wijze af te leggen in strijd is met de godsdienstvrijheid.

Overigens hanteren de nationale wetgever en rechter op sommige terreinen van het recht (bij de beëdiging van leden van provinciale staten en tal van andere ambtsdragers) nog steeds een objectieve vorm van de eedsaflegging. In die gevallen geldt dat er wordt vastgehouden aan de objectieve eis dat de eed wordt afgelegd in een vaste, vanouds christelijke, vorm. De justitiabele is echter niet verplicht om op deze objectieve wijze de eed af te leggen, omdat hij altijd de keuze heeft om een belofte af te leggen.

(4) Tot slot geldt dat ook het begrip kerkgenootschap onderhevig is aan subjectivering. In een arrest uit 1947 werd het kerkgenootschap omschreven als een organisatie die zich de gemeenschappelijke godsverering van haar leden, op grondslag van gemeenschappelijke opvattingen ten doel stelt. In de literatuur spreekt men ten aanzien van de eis van 'gemeenschappelijke godsverering' wel over de religiositeitseis. In tegenstelling tot de jurisprudentie is men in de literatuur al tot de slotsom gekomen dat deze religiositeitseis kan worden afgezwakt. Men vindt dat het voldoende is wanneer de gemeenschap een zeker religieus karakter heeft. Wat dit concreet betekent, blijft onbepaald. Ook de wetgever lijkt niet per se te willen vast houden aan 'gemeenschappelijke godsverering'. De minister had het in 2004 over de eis van 'gemeenschappelijke religieuze beleving of bezinning'. Geconcludeerd kan worden dat de religiositeitseis in toenemende mate een open karakter krijgt. Dit past in een subjectiverende trend, waarbij ruimte wordt geboden aan een pluraliteit van godsdiensten, religieuze bewegingen, etc. In het arrest *Satanskerk* (1986) overwoog het gerechtshof dat gezien de huidige multiculturele samenleving ook andere dan christelijke en joodse organisaties konden worden gekwalificeerd als kerkgenootschap. Dit uitgangspunt komen we halverwege de jaren '90 van de vorige eeuw ook tegen in EHRM-jurisprudentie. Ook de wetgever reserveert het begrip kerkgenootschap niet voor de christelijke kerk als zodanig. Bij de aanpassing van het NBW in 1991 stelde de minister bijvoorbeeld dat onder de term kerkgenootschap ook andere groeperingen konden vallen zoals islamitische of boeddhistische.

Gezien de jurisprudentie, wetsgeschiedenis en literatuur kan in zijn algemeenheid worden geconcludeerd dat het begrip kerkgenootschap steeds verder is gesubjectiveerd. Aanvankelijk is men de definiëring van het kerkgenootschap uit de weg gegaan voornamelijk vanwege de uiteenlopende theologische visies tussen de katholieke en protestantse denominaties, later werd de moeilijkheid om een definitie te geven voor het kerkgenootschap versterkt door de komst van (religieuze) migranten, de opkomst van religieuze bewegingen en de opwaardering van het gelijkheidsbeginsel.

20.1.2 Onderwerpen waarbij reeds vanaf de totstandkoming overwegend een subjectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd

(1) Gesteld kan worden dat de wetgever vanaf de totstandkoming van artikel 137c Sr een breed, inclusief begrip van het groepskenmerk 'godsdienst of levensovertuiging' voor ogen heeft gehad. De wetgever geeft geen criteria voor de vraag wanneer een groep godsdienstig of levensbeschouwelijk is. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het zijn bedoeling is geweest om zoveel mogelijk verschillende door 'fundamentele opvattingen' samengebrachte groepen² te beschermen. Op basis van de rechtspraak valt eigenlijk weinig te concluderen over de wijze van kwalificeren aangezien de kwalificaties veelal niet zijn gemotiveerd. Er zijn echter geen aanwijzingen waaruit blijkt dat de rechter het oogmerk van de wetgever niet zou respecteren. Opmerking verdient wel dat de rechter in één uitspraak in lijn met de wetsgeschiedenis heeft gesteld dat een politieke overtuiging niet gekwalificeerd kan worden als levensovertuiging. De rechter stelt net als de wetgever de bodemeis dat een godsdienst of levensovertuiging een fundamenteel karakter moet hebben. Dit zou ontbreken bij een politieke overtuiging. We kunnen deze eis zien als een objectief criterium aangezien het een bepaald beeld van godsdienst veronderstelt waarin de opvatting besloten ligt dat godsdienst fundamenteel van aard is. Ondanks deze bodemeis met een meer objectiverend karakter is het algemene beeld dat het begrip godsdienst ten aanzien van dit onderwerp overwegend subjectiverend wordt uitgelegd.

(2) Voorts is de inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap (artikel 2:2 BW) vanaf haar vroegste codificatie (Wet op de kerkgenootschappen 1853) onbepaald. De inrichtingsvrijheid brengt met zich dat de omvang van de godsdienstvrijheid mede ziet op de structuur en inrichting van het kerkgenootschap. Kerkgenootschappen hebben op basis van hun statuut een zekere vrijheid om in het kader van de inrichting en organisatie zelf te bepalen wat telt als godsdienst(ig). We kunnen stellen dat de wetgever met de toekenning van de inrichtingsvrijheid aan kerkgenootschappen, deze kerkgenootschappen in zekere zin ruimte heeft gegeven voor zelfdefinitie. Met andere woorden, met de toekenning van inrichtingsvrijheid gaat de wetgever uit van een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Op grond van de jurisprudentie kan geconstateerd worden dat de rechter in veel gevallen de bedoeling van de wetgever onderschrijft en een subjectiverende kwalificatiewijze hanteert. In enkele zaken gaat de rechter bij zijn beoordeling van het geschil echter voorbij aan het statuut. Het gevolg is dan dat uitingen en gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als onderdeel van de inrichtingsvrijheid

2 In dit verband is de groep het rechtssubject. De wetgever houdt bij zijn definitie impliciet rekening met de zelfdefinitie van een groep.

wat met zich brengt dat het verband tussen de betreffende uiting en gedraging en de godsdienst van het kerkgenootschap of de instelling niet wordt erkend.

(3) Ten slotte heeft de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs vanaf haar totstandkoming een subjectief karakter. De grondwetgever had een subjectiverende kwalificatie op het oog: de bijzondere school heeft de vrijheid om in het kader van zijn inrichting zelf te bepalen wat telt als de 'richting' van de school. De wetgever volgt de benadering van de grondwetgever. Zo bevat de WPO een bepaling waarin staat dat bijzondere scholen zelf kerndoelen kunnen vaststellen indien er ernstige bedenkingen zijn tegen door de overheid vastgestelde kerndoelen. Uit deze bepaling blijkt impliciet dat de wetgever de keuze voor de studiestof definieert als een inrichtingsaspect. Hij erkent dat de keuze voor leermiddelen kan zijn ingegeven door de richting³ en daarmee door de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag van de school. Eenzelfde soort bepalingen vinden we in de AWGB. Hierin staan bepalingen die het bijzondere scholen mogelijk maken om op basis van de godsdienstige of levensbeschouwelijke grondslag onderscheid te maken bij de selectie van leerlingen en docenten. Deze bepalingen kan men zien als de erkenning van de wetgever dat het maken van onderscheid voortvloeit uit de richting (godsdienst of levensbeschouwing) van de school.

Ook in de jurisprudentie wordt de benadering van de grondwetgever gevolgd. De rechter beoordeelt op basis van het statuut of de grondslag van een school godsdienstig is. De rechter laat dan de zelfdefinitie van een school leidend zijn voor de vraag wat godsdienstig is. Hij hanteert daarmee een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. We zien dit ook in de jurisprudentie over de selectie van onderwijzers en leerlingen door bijzondere scholen. De rechter gaat in al deze zaken uit van een meer subjectiverende kwalificatie. Hij bepaalt op basis van de statuten of de school een godsdienstige grondslag heeft. Indien dit zo is, dan is het gemaakte onderscheid een uitvloeisel van de godsdienstige grondslag en wordt het onder bepaalde voorwaarden beschermd.

20.1.3 Onderwerpen waarbij een toenemende subjectiverende invloed op het begrip van godsdienst gecorrigeerd wordt door een objectiverende tegenbeweging

(1) De kwalificatie van de rituele slacht is onderhevig aan zowel een subjectiverende als objectiverende invloed. In Nederland werd reeds in 1920 ten aanzien van het verbod op onbedwelmde slacht een uitzondering gemaakt voor

3 Als onderdeel van de inrichtingsvrijheid ook neergelegd in art. 23 lid 5, 6 Grondwet.

de Israëlitische ritus. Reeds lang wordt deze ritus onder de vrijheid van godsdienst begrepen. Vanaf de jaren '80 van de vorige eeuw gebeurt dit in parlementaire stukken expliciet. De islamitische ritus werd vanaf de jaren '60 van de vorige eeuw gezien als een godsdienstige gedraging gelijkwaardig aan de joodse ritus. In 1977 wordt naast de bestaande uitzondering voor de Israëlitische ritus een uitzondering voor de islamitische ritus in de wet opgenomen. Ten slotte zien we in de huidige context mede in het licht van EU-wetgeving dat de rituele slacht niet enkel wordt voorbehouden aan joden en moslims maar dat de wetgever in zijn formuleringen principieel ruimte laat voor andere religies en daarmee blijk geeft een subjectiverende kwalificatie te omarmen.

Naast een subjectiverende invloed op de uitleg van rituele slacht kunnen we ook een objectiverende tegenbeweging ontwaren. Dit blijkt uit het feit dat het kabinet slechts een convenant heeft gesloten met de joodse en islamitische gemeenschap en niet met andere gemeenschappen (inmiddels opgenomen in een AMvB⁴). Men gaat kennelijk ervan uit dat rituele slacht enkel in die tradities een plaats heeft. Een objectivering treffen we ook bij benadering van rituele slacht door de Raad van Europa en het EHRM. Uit de terminologie van het Europees Verdrag inzake bescherming van slachtdieren van de Raad van Europa kunnen we afleiden dat de Raad ritueel slachten impliciet duidt als een gedraging die wordt verricht binnen een geloofsgemeenschap en niet als een gedraging voortvloeiend uit een individueel geloof. Uit het EHRM-arrest *Cha'are* volgt dat een individu niet voor zichzelf kan besluiten om een rituele slacht uit te voeren maar dat dit altijd georganiseerd dient te worden binnen de gemeenschap. Uit dit arrest volgt ook dat de staat de wijze van ritueel slachten mag objectiveren door de criteria daarvan te laten bepalen door een joodse meerderheidsorganisatie.

In de nationale jurisprudentie wordt rituele slacht gekwalificeerd als godsdienstig. Niet duidelijk is waar deze kwalificatie op is gebaseerd. In de literatuur en in het wetsvoorstel van Thieme zien we de opvatting dat rituele slacht zelf, in tegenstelling tot de consumptie van ritueel geslacht vlees, niet een directe expressie is van godsdienst. Deze benadering vinden we echter niet terug in het geldende recht.

(2) Inzake de kwalificatie van kleding en omgangsvormen als godsdienstig kan eveneens worden geconcludeerd dat deze onderhevig is aan zowel een subjectiverende als objectiverende invloed. In de nationale en EHRM-jurisprudentie vanaf de jaren negentig een voorzichtige trend waar te nemen naar een toenemende subjectiverende wijze van kwalificeren. Met name de CGB heeft hierin een belangrijke rol vervuld. Uitgangspunt in de CGB-jurisprudentie is dat men uitgaat van de verklaringen van de justitiabele om te bepa-

4 Besluit houders van dieren (hoofdstuk 5), *Stb.* 2017, 326.

len of een uiting of gedraging telt als godsdienst. Er is sprake van een voorzichtige trend omdat er in deze jurisprudentie met regelmaat toch ook objectiverende elementen worden gehanteerd. Er wordt dan gesteld dat een uiting of gedraging niet een volledig singulier karakter mag hebben. Met andere woorden, een volledig geïndividualiseerde opvatting is geen godsdienst in juridische zin.

Overigens zien we dat er in deze jurisprudentie wel een volledig geïndividualiseerde benadering wordt gehanteerd ten aanzien van de geloofwaardigheid van het rechtssubject. De beoordelende instantie stelt de verklaringen van het rechtssubject centraal. Het rechtssubject hoeft niet te bewijzen dat zijn godsdienst hem een bepaalde uiting of gedraging voorschrijft. Er wordt aangenomen dat het rechtssubject hierin oprecht is. Dit is echter iets anders dan dat men ook de godsdienst zelf subjectief kwalificeert. De impliciete redenering dat een godsdienst niet gestoeld mag zijn op individuele opvattingen duidt immers op het tegendeel.

In het jongste wetsvoorstel met betrekking tot een boerkaverbod van het kabinet-Rutte II wordt een subjectiverende definitie naar voren gebracht. Er wordt expliciet gemeld dat de motieven voor het dragen van een boerka niet altijd duidelijk zijn maar dat het kan gaan om een religieus motief en dat de wetgever daarom de godsdienstvrijheid in acht moet nemen. In eerdere gestrande wetsvoorstellen die gericht waren op een boerkaverbod werd niet altijd een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst gehanteerd maar eerder een autonome. Men veronderstelde dan bijvoorbeeld dat het vanzelfsprekend is dat een boerka een religieuze uiting is, zonder stil te staan bij andere mogelijke motieven voor het dragen ervan.

20.1.4 Onderwerpen waarbij een meer objectief begrip van godsdienst wordt gehanteerd

(1) De kwalificatie van de doelstelling en de activiteiten van een instelling als religieus in het kader van de ANBI (Algemeen Nut Beogende Instelling) heeft een meer objectiverend karakter. Naar aanleiding van de ANBI-regeling kunnen giften aan kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen worden afgetrokken van het belastbaar inkomen (artikel 6.33 Wet inkomstenbelasting 2001) en geldt voor kerkelijke en levensbeschouwelijke instellingen een belastingvrijstelling wanneer zij schenkingen en erfenissen ontvangen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat kerkelijke instellingen deze vrijstellingen eerder genoten omdat ze kerkelijke instellingen waren. In 2003 trad een verandering op. Vanaf toen moesten de doelstellingen en de activiteiten getoetst worden op hun algemeen belang. Uitgangspunt is dat godsdienst in beginsel 'telt' als algemeen belang. De uitzondering hierop is wanneer godsdienstige of levensbeschouwelijke uitingen of gedragingen van zuiver commerciële aard zijn. Zuiver commerciële uitingen en gedragingen met een religieus karakter

worden niet als 'zaken' van algemeen belang gekwalificeerd. Ten aanzien van deze uitingen en gedragingen blijft bovendien de vraag in het midden of ze als godsdienstig moeten worden gekwalificeerd.

Over het algemeen is het echter zo dat de kwalificatie van de doelstelling en activiteiten van een instelling als godsdienstig ook betekent dat deze activiteiten het algemeen belang dienen. De rechter probeert in veel gevallen de doelstelling en de activiteiten van de instelling in een objectief kader te plaatsen. Dit kan expliciet gebeuren door het invoeren van hulp van deskundigen maar ook impliciet door de vergelijking te maken met de activiteiten van de meer traditionele kerkelijke instellingen. In sommige gevallen is niet duidelijk waarop de rechter zijn kwalificatie baseert. In algemene zin kan daarom de conclusie worden getrokken dat de ontwikkeling dat kerkelijke instellingen aan de hand van hun doelstelling en activiteiten moeten aantonen dat ze het algemeen belang dienen, heeft geleid tot een meer objectieve uitleg van het begrip godsdienst.

(2) Ook in het kader van de erediensvrijstelling geldt dat er sprake is van een zekere objectivering van het godsdienstbegrip. Voor de wijziging van de Gemeentewet begin jaren '70 van de vorige eeuw ging men er automatisch van uit dat onroerende zaken die bestemd waren voor de eredienst waren vrijgesteld van onroerendezaakbelasting. Met de eis van de wetgever dat een onroerende zaak 'in hoofdzaak bestemd moet zijn voor de eredienst of bezinningssamenkomst' en de later in de jurisprudentie ontwikkelde norm dat de termen 'in hoofdzaak' neerkomen op 70% van het gebruik van de onroerende zaak, is deze benadering zowel door de wetgever als de rechter losgelaten. Er heeft zich net als bij de ANBI-regeling een ontwikkeling voorgedaan waarbij de nadruk bij het kwalificeren is komen te liggen op de feitelijke omstandigheden. Immers, voorheen was het standpunt van de regering dat de belastingheffer zich niet op het geestelijke terrein van de eredienst begaf door te objectiveren in welke mate zaken bestemd zijn voor de eredienst.

In de jurisprudentie treffen we ten aanzien van de term eredienst in hoofdzaak een objectiverende kwalificatiewijze. De Hoge Raad heeft bepaald dat de term eredienst moet worden uitgelegd naar gangbaar spraakgebruik. De wetgever heeft deze uitleg onderschreven. De reikwijdte van de term 'bezinningsbijeenkomst' is door de wetgever niet scherp afgebakend. De wetgever heeft de term zo afgebakend dat niet bedoeld is hieronder kerkelijke activiteiten te scharen omdat die logischerwijs vallen onder de term eredienst. Aangezien voor de term eredienst in de jurisprudentie is bepaald dat hij naar gangbaar spraakgebruik moet worden uitgelegd, ligt het gezien het gelijkheidsbeginsel voor de hand dat de grammaticale uitleg ook geldt voor de openbare bijeenkomst van levensovertuigingen. Ook voor de term openbare bezinningssamenkomst geldt in beginsel dus een objectiverende kwalificatiewijze. Hiervoor objectieve criteria vinden is echter lastig, aangezien het gangbare spraakgebruik hierover weinig duidelijkheid geeft.

Doordat in wetgeving en jurisprudentie vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw is bepaald dat instellingen aan de hand van daadwerkelijke omstandigheden moeten aantonen dat het betreffende gebouw (onroerend goed) in hoofdzaak gebruikt wordt voor de eredienst of de bezinningsbijeenkomst, en doordat hierbij uitgegaan wordt van een objectiverende uitleg van de termen eredienst en bezinningssamenkomst (namelijk naar gangbaar spraakgebruik) kan gesteld worden dat de kerkenvrijstelling gekenmerkt wordt door een overwegend objectiverende uitleg van het begrip godsdienst.

(3) Verder is de wettelijke term richting geobjectiveerd in de wetgeving en jurisprudentie die is ontstaan naar aanleiding van de term richting uit artikel 23 Grondwet. Aanvankelijk had de grondwetgever de term richting niet scherp afgebakend. Uit de wetsgeschiedenis en de literatuur hierover blijkt dat de grondwetgever bij de term richting met name dacht aan godsdienst en levensbeschouwing zonder daarbij principieel andere richtingen dan godsdienst of levensbeschouwing uit te sluiten. Wat dat betreft had de term een open karakter met als belangrijke nuancerings dat het niet de bedoeling van de grondwetgever is geweest om onder richting ook de wijze van onderwijs, bijvoorbeeld pedagogische inzichten te scharen. Uit de Grondwetsgeschiedenis valt voorts op te maken dat de grondwetgever niet nader heeft bepaald wat godsdienst of levensbeschouwing is.

Een meer objectiverende uitleg van de grondwettelijke term richting vinden we in de jurisprudentie over de subsidiëring van het leerlingenvervoer. Daarin is gesteld dat godsdienst en levensbeschouwing moeten doorwerken op 'alle terreinen van het leven' willen ze erkend kunnen worden als richting. Deze eis lijkt de rechter (de Kroon) autonoom te hebben gedefinieerd. Hij verwijst hiervoor niet naar opvattingen van derden of de wetsgeschiedenis. Ook wordt in deze jurisprudentie de eis gesteld dat er pas sprake is van richting wanneer een godsdienstige of levensbeschouwelijke stroming zich breed in de maatschappij bekend heeft gemaakt (geopenbaard). Deze aanscherping van het begrip richting is eveneens een autonome definitie. Ook hier verwijst de rechter niet naar opvattingen van derden of de wetsgeschiedenis.

Behalve dat de rechter in de jurisprudentie over de subsidiëring van het leerlingenvervoer de term richting heeft geobjectiveerd door middel van autonome definiëring heeft hij de term richting ook geobjectiveerd door zijn wijze van kwalificeren. Om te bepalen of een richtingsbezwaar tegen de meer nabijgelegen school kan worden gekwalificeerd als een bezwaar op grond van godsdienst of levensbeschouwing hanteert de rechter een objectiverende kwalificatie. Hij toetst aan de hand van maatstaven die liggen buiten het rechtssubject (de ouders) of het bezwaar gekwalificeerd kan worden als een richtingsbezwaar. In de wat minder recente jurisprudentie wordt door de rechter getoetst aan de statuten van de betreffende scholen. Hij vergeleek daarbij de statuten van de gewenste school van de ouders met de dichtstbij-

zijnde school. Problematisch hieraan was dat een dergelijke toets op gespannen voet staat met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid aangezien het bevoegd gezag van de scholen de aangewezen instantie is om de statuten, en de daarin neergelegde grondslag, uit te leggen en niet de rechter. De laatste jaren zijn er enkele zaken waarin de rechter als objectieve maatstaf de registratie in een landelijk register genaamd BRIN gebruikt. Het voordeel hiervan is dat register uitgaat van de richting van een school zoals die door het bevoegd gezag van een school wordt uitgelegd.

Ook in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie in het kader van de Leerplichtwet 1969 treffen we een meer objectiverende uitleg van de grondwettelijke term richting. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de term een redelijk statisch of vaststaand karakter heeft: wanneer een kind eenmaal is ingeschreven bij een school van een bepaalde richting, dan kunnen de ouders of verzorgers achteraf geen bezwaar meer maken tegen de richting van die school. Deze benadering getuigt niet van een subjectiverende uitleg van de term richting omdat er geen rekening wordt gehouden met eventuele bekeringen van of veranderingen in geloofsopvattingen van de ouders.

In de jurisprudentie over richtingsbezwaren tegen de leerplicht is de grondwettelijke term richting eveneens geobjectiveerd. Hierin wordt ten eerste expliciet gesteld dat het begrip richting alleen godsdienst en levensovertuiging dekt. Ten tweede is in deze jurisprudentie bepaald dat richtingsbezwaren alleen betrekking kunnen hebben op 'welbepaalde' godsdiensten of levensbeschouwingen. Deze duiding ('welbepaalde') van de term richting berust op een autonome definiëring van de term richting door de rechter en maakt het voor de rechter mogelijk om onduidelijke geloofs- en levensbeschouwelijke opvattingen niet te erkennen als richting in de zin van richtingsbezwaar. Hierbij kan men aantekenen dat de term 'welbepaald' een vage term is die de rechter de ruimte geeft om richtingsbezwaren niet als zodanig te erkennen. Opmerkelijk is dat in de jurisprudentie over de richtingsbezwaren tegen de leerplicht maar weinig bedenkingen van ouders ook daadwerkelijk als richtingsbezwaren worden gekwalificeerd. De meeste procedures stranden omdat niet is voldaan aan formele of procedurele vereisten. Het bezwaar is dan bijvoorbeeld niet gericht tegen de richting van een concrete school. De rechter komt dan niet toe aan de kwalificatievraag.

Ten slotte is de grondwettelijke term richting in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie over de oprichting van bijzondere scholen geobjectiveerd. In de periode direct na de inwerkingtreding van de Grondwet van 1917 speelde de term 'richting' bij de oprichting van een bijzondere school geen rol. In tegenstelling tot de huidige wetgeving was het geen vereiste dat een bijzondere school bij de oprichting een bepaalde richting had. Pas later gold dat de bijzondere school diende uit te gaan van een bepaalde richting. Deze eis is door de huidige wetgever neergelegd in de WPO en de WVO. In de literatuur stelt men dat de wetgever met het begrip richting een erkende richting bedoelt. Dat wil zeggen dat de staat in de persoon van de minister (of staatssecretaris)

of de bestuursrechter deze richting heeft erkend. Op dit moment zijn de volgende richtingen door de minister of de rechter erkend: rooms-katholiek, algemeen christelijk, evangelisch, gereformeerd, protestants-christelijk, reformatorisch, de richting van de evangelische broedergemeente, joods, islamitisch, hindoeïstisch, antroposofisch, algemeen bijzonder, en humanistisch. Uit de recentere jurisprudentie over de oprichting van bijzondere scholen blijkt dat men sinds kort ook een school kan oprichten op basis van een combinatie van richtingen. Wel moet dan aan de eis worden voldaan dat de belangstelling voor de ene richting opgeteld bij de belangstelling voor de andere richting een totaal oplevert dat representatief is voor de belangstelling voor een combinatie van die twee richtingen.

Behalve dat gesteld kan worden dat het richtingbegrip in het kader van de oprichting van bijzondere scholen is geobjectiveerd door middel van objectiverende definities in de wetsgeschiedenis en jurisprudentie, kan ook worden gesteld dat de rechter het richtingbegrip heeft geobjectiveerd door zijn wijze van kwalificeren. Meestal zijn de statuten en de verklaringen van het bevoegd gezag voor de rechter (d.i. een subjectiverende kwalificatie) niet voldoende om de geestelijke stroming als een richting te kwalificeren. In plaats daarvan wordt er wisselend een meer autonome of objectiverende wijze van kwalificeren gehanteerd. In de wat oudere zaken treffen we vaker een autonome kwalificatiewijze dan in de recentere. Daarin kwalificeert de rechter vaker objectiverend. Hij maakt dan gebruik van deskundigenadviezen, waaronder het advies van de Onderwijsraad, of laat zich adviseren door vertegenwoordigers van bepaalde geestelijke stromingen.

20.1.5 Onderwerpen waarbij geen consistent begrip van godsdienst valt te ontwaren

(1) In de jurisprudentie over beledigende uitlatingen met een godsdienstige (achter)grond is bepaald dat onder bepaalde voorwaarden het beledigende karakter van een uitlating met een godsdienstige (achter)grond kan komen te ontvallen. Soms wordt de (achter)grond van een dergelijke uitlating objectiverend en soms wordt hij subjectiverend gekwalificeerd. De wijze waarop het begrip godsdienst wordt uitgelegd is dus niet eenduidig.

(2) Ook op het terrein van het openbare onderwijs wordt het godsdienstbegrip niet consistent uitgelegd. Binnen het openbaar onderwijs kunnen er kwalificatievragen voordoen naar aanleiding van de neutraliteitseis en naar aanleiding van het verbod op discriminatie vanwege godsdienst. De neutraliteitseis is door de grondwetgever neergelegd in artikel 23 lid 3 Grondwet. Daarin staat dat het openbaar onderwijs wordt gegeven met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging. In de wetsgeschiedenis van artikel 23

Grondwet lid 3 Grondwet hebben de termen ‘godsdienst’ en ‘levensovertuiging’ niet ter discussie gestaan.

Uit de nationale en EHRM-jurisprudentie blijkt geen consequente wijze van kwalificeren. In de bestudeerde uitspraken komen we subjectiverende en objectiverende kwalificatie tegen. Wat opvalt is dat de CGB doorgaans subjectiverend kwalificeert.

(3) Verder geldt ten aanzien van de jurisprudentie over psychische overmacht dat er geen eenduidig begrip van godsdienst is te ontwaren. De analyse van de mogelijke rol van religie in het kader van de strafuitsluitingsgronden leert dat een religieus gewetensbezwaar of gewetensdrang gerubriceerd mag worden als een strafuitsluitingsgrond – waaronder psychische overmacht. In praktijk is een dergelijk beroep echter nooit geslaagd. Toch spelen er kwalificatievragen ten aanzien van strafuitsluitingsgronden, omdat er zo nu en dan vanuit religieuze gronden een beroep op wordt gedaan. In de zaken over psychische overmacht vanwege een godsdienstige drang of een godsdienstig bezwaar ben ik verschillende wijzen van kwalificeren tegengekomen. Ook zijn er een aantal zaken waarin de rechter een beroep op een religieus gewetensbezwaar of gewetensdrang niet als zodanig kwalificeert omdat hij het beroep niet geloofwaardig vindt of omdat er sprake is van *culpa in causa*.

20.2 POLITIEK-FILOSOFISCHE DUIDING VAN HET BEGRIP GODSDIENST

De tweede subvraag van dit onderzoek luidt: **Binnen welk politiek-filosofisch kader kan het juridische begrip van godsdienst worden geplaatst?** Naar aanleiding van deze vraag is de motivering voor de uitleg van het begrip godsdienst onderzocht. Dit is ten eerste gedaan aan de hand van de formuleringen van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet, de vaste rechtspraak over deze grondrechtsbepalingen en het commentaar hierop in de literatuur, ten tweede op basis van verschillende onderwerpen in het recht met een religieus object.

Naar aanleiding van het eerste punt, kan geconcludeerd worden dat de reden waarom de grondwetgever en de opstellers van het EVRM het begrip van godsdienst niet nader definiëren teruggevoerd kan worden op het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid. Dit leerstuk is niet enkel voorbehouden aan de stroming van het liberaal gezindtepluralisme. Ook andere ideaaltypen kunnen hiermee worden geassocieerd, zoals het accommodationisme, het communautarisme en ook het secularisme. Toch zijn er een aantal aspecten ten aanzien van de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet, de belangrijkste rechtspraak over deze grondrechtsbepalingen en het commentaar hierop in de literatuur die vooral geassocieerd kunnen worden met het ideaaltype van het liberaal-gezindte-

pluralisme. We kunnen daarbij denken aan de leer van het *forum internum* en *forum externum*, de leer van de kernrechtbenadering en het in artikel 6 Grondwet gemaakte onderscheid tussen een publiek en privaat domein. In dit uitgangspunt van het positieve recht ligt een onderscheid vervat tussen een publiek- en privédomein. Hierdoor ontstaan als het ware 'eersterangs' en 'tweederangs' vormen van godsdienstuitoefening.

Ook het in de nationale en EHRM-jurisprudentie ontwikkelde – en tot voor kort onbetwiste – uitgangspunt dat *alleen* uitingen en gedragingen die een *directe uitdrukking zijn* van godsdienst of levensbeschouwing vallen onder de reikwijdte van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet kunnen we duiden vanuit het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Volgens Locke zijn neutrale (alledaagse) uitingen en gedragingen per definitie geen directe expressie van godsdienst. Dit kan slechts het geval zijn indien hiervoor een onbetwifelbaar mandaat is gegeven. De vraag waar Locke geen antwoord op geeft, is wanneer men weet dat een uiting of gedraging een onbetwifelbaar mandaat heeft. In feite zien we dit probleem ook terug in de hedendaagse jurisprudentie waar men worstelt met de vraag wanneer een uiting of gedraging een 'directe uitdrukking' is van godsdienst.

Tot slot zijn er een aantal criteria die in de jurisprudentie aan het begrip van godsdienst gesteld worden die geassocieerd kunnen worden met het liberaal gezindtepluralisme. Gewezen kan worden op de eis in jurisprudentie van het EHRM dat een godsdienst of levensovertuiging moet worden gekenmerkt door '... a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'. Met vage opinies of ideeën neemt het EHRM geen genoegen. Er moet sprake zijn van een identificeerbare religie of overtuiging. Ook noemt het EHRM als voorbeeld van zaken die een directe expressie zijn van godsdienst of levensovertuiging '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form'. Traditionele uitingen of gedragingen worden op grond van deze overwegingen, omdat ze immers algemeen aanvaard zijn, gemakkelijker als godsdienstig gekwalificeerd dan overige uitingen en gedragingen. We kunnen deze eisen zien in het licht van een Lockeaanse interpretatie van tolerantie. Die komt erop neer dat deze tolerantie alleen betrekking heeft voor geloof in de algemeen erkende (institutionele) godsdiensten. Tolerantie geldt in de zienswijze van Locke niet voor individuele, singuliere geloofsopvattingen. Die laatste opvattingen vallen derhalve niet onder de godsdienstvrijheid.

Op basis van het tweede punt, de analyse van de motivering voor de uitleg van het begrip godsdienst binnen verschillende onderwerpen met een religieus object, kan geconcludeerd worden dat er onderwerpen zijn waarbij het begrip van godsdienst geassocieerd kan worden met:

- een accommodationistische ideaaltype;
- een communautaristische ideaaltype;

- een combinatie van het accommodationistisch ideaaltype en het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme;
- het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme.⁵

Ten slotte zijn er ook nog een aantal onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst niet adequaat politiek-filosofisch kan worden geduid.

20.2.1 Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst (in toenemende mate) met het accommodationistische ideaaltype kan worden geassocieerd

(1) Het juridische begrip van godsdienst dat ten grondslag ligt aan de regelgeving en jurisprudentie omtrent de eed in gerechtelijke procedures kan geassocieerd worden met het accommodationisme. De subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst die naar aanleiding van dit onderwerp wordt gehanteerd vloeit voort uit de wens om de opvattingen van de aanhangers van verschillende religies en levensbeschouwingen te accommoderen. Ten aanzien van de wetgeving en jurisprudentie over het afleggen van de eed of belofte zien we dat de ontwikkeling van een objectiverende naar een subjectiverende uitleg begint in de jaren '70 van de vorige eeuw. Deze ontwikkeling is te duiden als een overgang van het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme naar een meer accommodationistisch ideaaltype. De uitleg van het begrip godsdienst in het kader van de eedsaflegging beperkt zich niet meer tot de eden van de erkende kerkgenootschappen; het is de justitiabele die uitmaakt of hij de eed of belofte aflegt en in welke vorm. Overigens geldt voor de gebieden in het recht (beëdiging van leden van provinciale staten en tal van andere ambtsdragers) waar men vasthoudt aan een objectiverende uitleg van het begrip godsdienst doordat men een vaste, vanouds christelijke, vorm van de eedsaflegging hanteert, dat dit juist getuigt van het ideaaltype van liberaal gezindteliberalisme. Men geeft het gelovige rechtssubject slechts de mogelijkheid om de eed in één, vanouds christelijke, vorm af te leggen. Als het rechtssubject daartoe niet wil overgaan, rest slechts de mogelijkheid om een verklaring of belofte af te leggen. Wanneer men zich dan op het standpunt stelt dat de voorgeschreven vorm van de eed een neutraal karakter draagt en daardoor geschikt is voor aanhangers van alle godsdiensten, getuigt dit van het ideaaltype liberaal gezindtepluralisme.

(2) Ook de subjectiverende wijze waarop de wettelijke term kerkgenootschap wordt uitgelegd kan worden begrepen in het licht van het accommodationistisch ideaaltype. De ruime definitie van de term kerkgenootschap is in het verleden vooral gemotiveerd vanuit de gedachte dat men hiermee theologi-

⁵ In 4.3-4.6 zijn deze ideaaltypen beschreven.

sche geschillen tussen de in het land gevestigde (protestantse en katholieke) denominaties kon vermijden. Dit getuigt van het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme. Men ging uit van de bekende religieuze tradities. Naarmate de samenleving qua religiositeit meer multicultureel van aard werd, werd de noodzaak om een open definitie van het begrip kerkgenootschap te hantieren groter. In principe kunnen alle godsdiensten een kerkgenootschap vormen, ook die waarbij het begrip kerk wezensvreemd is. Deze benadering is accommodationistisch van aard. Zij houdt principieel de deur open voor een pluraliteit aan godsdiensten. Deze benadering komt nog eens extra naar voren ten aanzien van de ontwikkeling van de eis dat een kerkgenootschap moet doen aan godsverering (religiositeitseis). In wetgeving en literatuur legt men deze eis steeds losser uit en stelt men dat het voldoende is wanneer de gemeenschap een religieus karakter heeft. Met deze uitleg schept men (juridische) ruimte voor religies, religieuze en levensbeschouwelijke bewegingen waarbij de godsverering niet of minder prominent aan de orde is.

(3) Verder geldt dat de wetgever met de discriminatiedelicten (artikel 137c Sr) een ruim begrip van 'godsdienst en levensovertuiging' op het oog had. Dit is misschien niet bijzonder aangezien deze strafbepalingen enkel dienen om groepen te beschermen tegen belediging, discriminatie en haat. Anders gezegd: op grond van deze bepalingen wordt enkel voorzien in de minimale behoefte van bescherming van deze groepen. Om die reden zal de wetgever weinig problemen hebben met het accommoderen van de bescherming van een grote diversiteit in godsdiensten en levensovertuigingen. We kunnen op grond van de wetsgeschiedenis stellen dat de wetgever van 1934 een christelijk en ethisch motief had met deze bepaling. Vanuit het idee van naastenliefde wilde hij zoveel mogelijk groepen, zonder onderscheid, in de samenleving beschermen. Uit de wetsgeschiedenis van de wet van 1972 blijkt niet dat de wetgever ten aanzien van het kenmerk 'godsdienst en levensovertuiging' een andere benadering heeft willen volgen dan de wetgever van 1934. We kunnen daarom aannemen dat de wetgever in beginsel beoogd heeft alle godsdienstige en levensbeschouwelijke groeperingen te beschermen. Hoewel het gedachtegoed van het accommodationisme in 1934 en 1972 nog niet echt tot ontwikkeling was gekomen, past de intentie van de wetgever wel bij een accommodationistische benadering. De eis die zowel in wetgeving als jurisprudentie wordt gesteld dat een godsdienst of levensbeschouwing een fundamenteel karakter moet hebben kan men zien als aspect dat meer past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme.

20.2.2 *Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst in verband kan worden gebracht met het communautaristische ideaaltype*

(1) De subjectivering van het godsdienstbegrip naar aanleiding van de inrichtingsvrijheid van het kerkgenootschap kan worden geassocieerd met een communautaristisch ideaaltype. Het liberale beginsel van scheiding tussen kerk en staat kan men zien als wegbereider voor het principe dat kerkgenootschappen een bepaalde autonomie toekomt om zaken ten aanzien van geloof en de uitoefening daarvan te organiseren en in te richten. De Grondwet van 1848 zorgde er al voor dat de staat zich in veel mindere mate ging bemoeien met de organisatie en inrichting van de kerkelijke gezindten in Nederland. Vervolgens ging het om de vraag wat de competentie is van de staat en die van de kerk. De Wet op de kerkgenootschappen van 1853 trachtte deze vraag te beantwoorden. Hoewel deze wet mede kan worden gezien als juist een beperking van de vrijheid van kerkgenootschappen was het ook de eerste wet waarin principieel werd vastgelegd dat de kerk op haar eigen terrein van geloof en de uitoefening daarvan vrijheid geniet. In de tijden die volgden ging men vervolgens altijd ervan uit dat het kerkgenootschap een bijzondere rechtsfiguur is omdat het zich richt op godsdienst. Deze bijzonderheid is daarna altijd aangevoerd als legitimatie waarom de kerk een bepaalde autonomie zou moeten hebben. We kunnen deze legitimatie begrijpen vanuit een communautaristisch perspectief: de kerk heeft een bepaalde autonomie om omdat haar bestaansgrond niet de wet is maar een collectief godsgeloof. Opmerkelijk is dat deze legitimatie nooit sterk is aangevochten, ook niet ten tijde van de parlementaire behandeling van het huidige artikel 2:2 BW. Kennelijk was het vanzelfsprekend dat een beroep op een collectief godsgeloof een bijzondere positie voor de kerk als organisatie rechtvaardigde, die zich uitte in een grote mate van zelfregulering (ook ten aanzien van het begrip van godsdienst). Overigens gaat de rechter in enkele gevallen bij zijn beoordeling van het geschil voorbij aan het statuut. Het gevolg is dan dat uitingen en gedragingen niet kunnen worden gekwalificeerd als onderdeel van de inrichtingsvrijheid wat met zich brengt dat het verband tussen de betreffende uiting en gedraging en de godsdienst van het kerkgenootschap of de instelling niet wordt erkend. Waarom de rechter in deze gevallen voorbij gaat aan het statuut is enigszins onduidelijk. Mogelijk dat de rechter in sommige situaties, de vermeende 'zwakkere' partij wil beschermen en dan het civiele recht toepast.

(2) Daarnaast kan het subjectieve begrip van godsdienst dat aan de basis ligt van de inrichtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs gelegitimeerd worden vanuit een communautaristisch perspectief. De inrichtingsvrijheid behelst onder meer dat een school bepaalt wat binnen het kader van haar grondslag telt als godsdienstige uiting of gedraging. In artikel 23 Grondwet treffen we twee voorbeelden van de inrichtingsvrijheid: de vrijheid om leermiddelen te

kiezen en de vrijheid om leerkrachten te selecteren. De inrichtingsvrijheid is echter niet beperkt tot deze onderwerpen. Dat komt doordat de grondwetgever bijzondere scholen vanwege de godsdienstige grondslag de vrijheid heeft gegeven om ook buiten deze aspecten zelf invulling te geven aan de inrichting. We kunnen stellen dat de inrichting van een bijzondere school de strekking heeft van zelfregulering op het gebied van het onderwijs en het personeelsbeleid. Deze zelfregulering omvat het recht om zelf de identiteit organisatorisch vorm te geven in uitingen en gedragingen. Het gevolg is dat bepaalde op het oog niet religieuze aspecten, zoals de selectie van leerkrachten en leerlingen, een religieus karakter kunnen krijgen. De inrichtingsvrijheid zoals die door de grondwetgever is toegekend aan bijzondere scholen veronderstelt derhalve een subjectiverende uitleg. Het bevoegd gezag van een bijzondere school bepaalt wat zijn inrichting is en daarmee wat telt als godsdienst(ig). Deze benadering kan worden gelegitimeerd vanuit een communautaristisch ideaaltype. Binnen dat ideaaltype wordt aan religieuze collectiviteiten in de maatschappij een bepaalde mate van zelfregulering gelaten. Gesteld kan worden dat de rechter de bedoeling van de grondwetgever respecteert. De rechter gaat in zaken waar de selectie van leerkrachten of leerlingen aan de orde is veelal probleemloos uit van een subjectiverende kwalificatie. De rechter kwalificeert dan de grondslag van de school op basis van de statuten en de verklaringen van het bevoegd gezag van de school en gaat er op grond daarvan uit dat het gemaakte onderscheid een godsdienstige basis heeft. Dat dit zo probleemloos gaat, komt waarschijnlijk doordat de AWGB-wetgever allerlei context-specifieke voorwaarden⁶ heeft verbonden aan het maken van onderscheid op basis van godsdienst. Hierdoor is het onderscheid op basis van godsdienst slechts in een beperkt aantal gevallen rechtmatig.

20.2.3 Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst deels geassocieerd kan worden met het accommodationistische ideaaltype en deels met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme

(1) Kwalificatie van kleding en omgangsvormen als uiting van godsdienst kan zowel worden geassocieerd met het accommodationistische ideaaltype als het ideaaltype van liberaal gezindtepluralisme. De wijze waarop over het algemeen in de recente wetgeving, de EHRM-jurisprudentie, de nationale rechtspraak en de CGB-oordelen de boerka en andere kledij, symbolen en omgangsvormen worden gekwalificeerd past bij een accommodationistisch perspectief. Men accommodeert religieuze pluriformiteit doordat men bij de beantwoording van de vraag wat telt als godsdienst(ig) de verklaring van de

6 Hieronder valt ook de consistentietoets, zie 19.4.

justitiabele als uitgangspunt neemt. Soms wordt hierop echter een voorbehoud gemaakt. Zowel in de jurisprudentie van het EHRM, de nationale rechter en van de CGB vinden we zaken waarin als voorwaarde wordt gesteld dat uitingen en gedragingen niet een louter individueel karakter mogen hebben. Waarom dit voorbehoud in de jurisprudentie wordt gemaakt wordt niet geëxpliciteerd. Zoals naar voren is gebracht zijn belangrijke religieuze hervormers individuen met een geheel eigen visie. De vraag is dan ook of het beperken van het juridische begrip van godsdienst tot een kenbare collectieve aangelegenheid wel recht doet aan de aard van het fenomeen godsdienst. De reden waarom in de jurisprudentie een louter individueel begrip van godsdienst lijkt te worden uitgesloten is vermoedelijk vanwege de vrees dat het recht anders onhanteerbaar wordt. Vanuit een meer politiek-filosofisch perspectief past deze benadering bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Men is tolerant ten aanzien van traditionele gevestigde religies, maar minder voor atypische, singuliere en exotische overtuigingen.

(2) Ook de kwalificatie van de rituele slacht in de nationale wetgeving kan deels in verband worden gebracht met het accommodationistische ideaaltype en deels met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. De wetgever heeft in zijn kwalificatie van rituele slacht een ontwikkeling doorgemaakt van een essentialistische kwalificatie van rituele slacht, enkel voorbehouden aan de joden, naar een benadering die past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme door alleen de rituele slacht van de aanhangers van de erkende godsdiensten: jodendom en de islam te erkennen, om uiteindelijk bij een accommodationistische benadering uit te komen waarin uitzonderingsbepalingen voor rituele slacht in beginsel ook gelden voor aanhangers van andere religies dan de joodse of de islamitische. Deze benadering ligt ook ten grondslag te liggen aan de hedendaagse EU-wetgeving.

Het feit dat het kabinet in 2012 slechts met de joodse en islamitische gemeenschap een convenant heeft afgesloten past meer bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Men gaat dan immers uit van de gevestigde herkenbare godsdiensten. Dit geldt ook voor de Raad van Europa en het EHRM. Zij duiden rituele slacht als een gemeenschappelijke handeling die gebonden is aan de algemene norm die geldt voor de gemeenschap. Joodse rituele slacht is volgens het EHRM de rituele slacht die voldoet aan de criteria zoals die door de meerderheidsorganisatie van de joden is opgesteld.

(3) Ten slotte kan het begrip van godsdienst dat ten grondslag ligt aan het asielrecht zowel met het accommodationistische ideaaltype als het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme worden geassocieerd. In het asielrecht gaan de wet- en regelgever en het HvJEU uit van een breed begrip van godsdienst. Dit brede begrip van godsdienst past bij een perspectief op neutraliteit zoals dat wordt verdedigd in het accommodationistische ideaaltype. De meer objectiverende kwalificatiewijze zoals die werd gebruikt door bestuurs-

organen en de rechter bij de beoordeling van de overtuiging en praxis van een vreemdeling, getuigt minder van een accommodationistisch ideaaltype. Het gebruik van een geobjectiveerd beeld van godsdienst bij het onderzoek naar de geloofsovertuiging van de asielzoeker veronderstelt dat er minder ruimte is voor excentrieke, eigenzinnige geloofsopvattingen. Daarmee kunnen we het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme associëren. Teneinde grip te houden op het verlenen van verblijfsvergunningen is het referentiekader vooral beperkt tot de bekende en traditionele godsdiensten. Met deze kwalificatiewijze worden asielzoekers die zich baseren op traditionele en bekende godsdiensten bevoordeeld.

De meer objectiverende kwalificatiewijze die ten grondslag ligt aan de kernrechtbenadering in de Nederlandse en EHRM-jurisprudentie over de vervolgingsgrond godsdienst, kan men ook in verband brengen met ideaaltype van het liberaal-gezindtepluralisme. De kernrechtbenadering veronderstelt dat zolang het privédomein maar gevrijwaard blijft van overheidsbemoeienis de essentie van het grondrecht gewaarborgd blijft. Hieraan ligt een perspectief op godsdienst ten grondslag dat de gevestigde traditionele godsdiensten bevoordeelt. Bij veel van die godsdiensten vinden immers de belangrijkste uitingen en gedragingen (eredienst, bidden etc.) plaats in de privésfeer.

Het subjectieve godsdienstbegrip van het HvJEU druist in tegen een opsplitsing van godsdienstbeleving in een *forum internum* en een *forum externum*. Het zoekt aansluiting bij de definitie van de Uniewetgever en stelt dat godsdienst als vervolgingsgrond alle vormen van godsdienstuitoefening dekt ongeacht of die plaatsvinden in het privé of het publieke domein. Sinds de uitspraak van het HvJEU lijkt het asielrecht in toenemende mate in verband te kunnen worden gebracht met het accommodationistische ideaaltype, wat zichtbaar wordt in het nationale beleid en de rechtspraak hierover.

20.2.4 Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst gerelateerd kan worden aan het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme

(1) Het begrip van godsdienst in het kader van de ANBI-regeling kan gerelateerd worden aan het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. De wijze van kwalificeren in het kader van de ANBI-regeling kan verklaard worden vanuit een toenemende liberale invloed waardoor er een groeiende afstand ontstond tussen de staat en de godsdienst. In het oude model stond niet ter discussie dat godsdienst en de plaatsen waar godsdienst werd bedreven: de kerkelijke instellingen, het algemeen belang dienden. Van oorsprong was dit ingegeven door de verwevenheid van de kerk met de staat. Men twijfelde er

niet aan dat de doelstellingen en activiteiten van een kerkelijke instelling een religieus karakter hadden: men nam dit voetstoots aan.⁷

Door de toenemende afstand van de staat ten opzichte van de godsdienst veranderde dit. Deze afstand werd ingegeven door het liberale uitgangspunt van scheiding tussen kerk en staat. Vanuit het liberale gedachtegoed is de staat zich neutraal gaan opstellen ten opzichte van godsdienst en kerkelijke instellingen. Het gevolg is dat niet zomaar meer wordt aangenomen dat kerkelijke instellingen bijdragen aan het algemeen belang maar dat ze dit aan de hand van hun doelstelling en feitelijke activiteiten moeten gaan bewijzen.

(2) In het belastingrecht kan eveneens de eredienstvrijstelling in verband worden gebracht met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Ook hier geldt dat het liberale model resulteert in een toenemende afstand tussen staat en de godsdienst. In de rechtsgeschiedenis van de eredienstvrijstelling zien we dat in eerste instantie geheel geen belasting wordt geheven ten opzichte van de kerkgoederen,⁸ vervolgens dat alleen de kerkelijke gebouwen waarin de eredienst plaatsvindt hiervan worden vrijgesteld, weer later dat alleen de gebouwen worden vrijgesteld die hoofdzakelijk zijn bestemd voor de eredienst en ten slotte dat de rechter aan de hand van feitelijke omstandigheden moet gaan toetsen of een gebouw voor 70% wordt gebruikt voor de eredienst. Deze liberale ontwikkeling wordt bekrachtigd door het gegeven dat niet alleen het onroerend goed van christelijke godsdiensten wordt vrijgesteld van belasting maar ook gebouwen van andere bekende godsdiensten, zoals moskeeën en synagogen, maar ook bekende levensovertuigingen doordat ook gebouwen waarin bezinningsbijeenkomsten plaatsvinden worden vrijgesteld. Ook hieruit blijkt dat de overheid zich op afstand plaatst van de kerk en andere godsdiensten en levensovertuigingen gelijk behandelt met kerkelijke instellingen. De objectiverende wijze van kwalificeren van de rechter naar aanleiding van de termen eredienst en bezinningssamenkomst kan worden gelegitimeerd vanuit een benadering die past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Wanneer men deze termen objectieveert door ze koppelen aan het gangbare spraakgebruik betekent dit dat men vooral uitgaat van de bekende traditionele godsdiensten en levensovertuigingen. Dit past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme: accommodatie van de erkende godsdiensten.

7 Mogelijk dat deze opvatting uiteindelijk is terug te voeren op een gematigd theocratisch ideaaltype. Voor de Franse inval had Nederland immers een soort van staatsgodsdienst (of publieke kerk). Het is goed denkbaar dat de staat vanuit het belang van de publieke godsdienst deze kerk belastingtechnisch heeft willen bevoorrechten. Historisch onderzoek (dat het bestek van dit onderzoek te buiten gaat) zou hierover uitsluitsel kunnen geven.

8 Mogelijk dat ook deze vrijstelling uiteindelijk is terug te voeren op een gematigd theocratisch ideaaltype. Zie 19.4.2, voetnoot 18.

(3) Ten slotte kan het begrip van godsdienst dat ten grondslag ligt aan de wettelijke term richting in belangrijke mate worden geassocieerd met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. Dit geldt dan voor de wijze waarop het begrip richting in de wetgeving en jurisprudentie nader is gedefinieerd en de wijze waarop naar aanleiding van dit begrip in de jurisprudentie uitingen en gedragingen zijn gekwalificeerd. Het geldt niet voor de wijze waarop het begrip richting door de grondwetgever is gedefinieerd. De subjectiverende definitie van het begrip richting van de grondwetgever is in verband te brengen met het ideaaltype van het communautarisme. De grondwetgever hanteert een open definitie van de term richting die kan worden begrepen vanuit de gedachte dat elk godsdienstig of levensbeschouwelijk collectief de vrijheid moet hebben om op basis van zijn beginselen onderwijs te (doen) geven. Vanuit het perspectief van de grondwetgever bepaalt het rechtssubject zelf wat zijn beginselen zijn. De betekenis van de term richting wordt derhalve bepaald door het rechtssubject, in de zin van een collectief.

Anders dan de Grondwet kan in overige wetgeving en jurisprudentie een zekere afbakening van het begrip richting worden ontwaard. Deze afbakening kan in verband worden gebracht met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme.

Ten eerste zien we deze afbakening terug in de Leerplichtwet 1969. De wetgever van de Leerplichtwet 1969 bakent het begrip richting af door te stellen dat geen beroep op vrijstelling wegens richtingsbezwaren meer mogelijk is als een kind eenmaal op een school is ingeschreven. Dit impliceert een begrip van richting dat geen rekening houdt met bekeringen of fundamentele veranderingen in geloofsopvattingen.

Ten tweede komt deze afbakening naar voren in de jurisprudentie over de term richting. In de jurisprudentie gaat men er algemeen van uit dat het begrip richting expliciet betrekking heeft op godsdienst en levensbeschouwing. Meer specifiek is in de jurisprudentie over het leerlingenvervoer bepaald dat er pas sprake is van richting indien een geestelijke stroming; doorwerkt op alle terreinen van het leven en zich breed in de maatschappij bekend heeft gemaakt (geopenbaard). De invulling van deze criteria bepaalt de rechter vervolgens op grond van een objectiverende kwalificatiwijze: Hij beoordeelt of iets een richtingsbezwaar is op grond van de statuten van de betreffende scholen of op grond van het landelijke BRIN-register. In de jurisprudentie over de leerplicht is de term zo geïnterpreteerd dat het alleen ziet op een fundamentele oriëntatie, ontleend aan een welbepaalde godsdienstige overtuiging of levensbeschouwing. Deze aanscherping maakt het voor de rechter mogelijk om onduidelijke geloofs- en levensbeschouwelijke opvattingen niet te erkennen als richting in de zin van richtingsbezwaar. Hierbij kan men aantekenen dat de term 'welbepaald' een vage term is die de rechter de ruimte geeft om richtingsbezwaren niet als zodanig te erkennen. Overigens komt de kwalificatie als 'richtingsbezwaar' in de jurisprudentie nauwelijks

aan de orde omdat de rechter het bezwaar in nagenoeg alle gevallen laat stranden op procedurele voorwaarden.

Ten slotte is de term richting in de jurisprudentie over het oprichten van bijzondere scholen zo gedefinieerd dat er pas sprake kan zijn van richting indien de richting voldoende onderscheidend is van bestaande richtingen. Deze aanscherping is waarschijnlijk ingegeven door de gedachte dat men moet voorkomen dat er scholen worden opgericht waarvoor te weinig interesse bestaat. Een nieuwe school van dezelfde richting als een nabij gelegen school levert immers het gevaar op dat de nieuwe school concurreert met het aanbod van leerlingen van de oude school. Verder zijn in de jurisprudentie over de oprichting van het bijzonder onderwijs zeer concreet bepaalde geestelijke stromingen als richting gekwalificeerd. Daarbij ging men uit van de voorwaarden aan de term richting gesteld zoals we die in het voorgaande hebben besproken.

De objectiverende uitleg van het begrip godsdienst in het kader van de richtingsvrijheid van het bijzonder onderwijs kan worden begrepen vanuit het perspectief dat past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme en dat uitgaat van tolerantie enkel ten opzichte van de traditionele in Nederland gevestigde tradities en dat geen ruimte biedt voor afwijkende opvattingen. Alleen welbepaalde, fundamentele, voldoende onderscheidende en godsdiensten met een omvangrijke achterban kunnen binnen dit perspectief gelden als richting. Bovendien houdt dit perspectief geen rekening met de mogelijkheid dat een persoon een religieuze bekering of verandering in opvattingen doormaakt.

20.2.5 Onderwerpen waarbij het begrip van godsdienst in verband kan worden gebracht met het seculiere ideaaltype

Er is één onderwerp waarin we het seculiere ideaaltype kunnen herkennen. Dat is het schrappen van het godslasteringsverbod in 2014. De wetgever van 2014 die het verbod van godslastering heeft geschrapt ging ervan uit dat het bestanddeel 'godsdienstige gevoelens' rechtsongelijkheid bewerkstelligt, omdat niet-christenen zich er niet of nauwelijks op zouden kunnen beroepen. De benadering van de wetgever van 2014 impliceert een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. De wetgever vindt dat godsdienst zich op vele manieren en gedaanten kan manifesteren en niet alleen in de vorm van het monotheïsme of het christendom. De wetgever van 2014 nam daarmee afstand van de legitimatie van de wet door de wetgever van 1932 die we kunnen associëren met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. De uitleg van het godsbegrip van de wetgever van 2014 vormde een belangrijk argument voor het afschaffen van het godslasteringsverbod. Het afschaffen van het godslasteringsverbod kan men echter wel beschouwen als een tamelijk draconische maatregel om de gelijkheid tussen verschillende godsdien-

sten en levensbeschouwingen te bewerkstelligen. Dit past in een seculiere benadering waarbij men niet wil dat het publieke domein getekend wordt door religieuze uiting of gedragingen. Men wil voorkomen dat religieuze 'zelfbeschrijvingen', zoals 'God', een plaats hebben binnen het publieke domein. Ook wil men niet dat het recht godsdiensten voortrekt of achterstelt. De wetgever had – in plaats van het schrappen van de wet – ook ervoor kunnen kiezen om door middel van een volledig subjectiverende uitleg van 'God' een grotere verscheidenheid aan godsdienstige en levensbeschouwelijke gevoelens te beschermen. Dat zou hebben gepast bij een accommodationistische benadering.

20.2.6 Onderwerpen die niet in een politiek-filosofisch kader kunnen worden geplaatst

(1) De wijze van kwalificeren in de jurisprudentie over artikel 137c Sr kan niet in een politiek-filosofisch kader worden geplaatst. Het verschil in de gehanteerde wijzen van kwalificeren, de ene keer een subjectiverende en de andere keer een objectiverende, kan niet zomaar worden verklaard. Een mogelijke reden kan zijn dat de zaken waarbij de rechter uitging van de subjectiverende kwalificatiewijze betrekking hadden op het christelijke geloof en de rechter hiermee meer vertrouwd is vanwege de historische achtergrond van Nederland.

(2) Daarnaast geldt dat het begrip van godsdienst dat ten grondslag ligt aan het openbaar onderwijs moeilijk in een politiek-filosofisch kader kan worden geplaatst. Binnen het openbaar onderwijs kunnen zich kwalificatievragen voordoen naar aanleiding van de neutraliteitseis en naar aanleiding van het verbod op discriminatie vanwege godsdienst. Uit de jurisprudentie blijkt geen consequente wijze van kwalificeren. In het kader van de neutraliteitseis geeft de grondwetgever geen nadere duiding van de in artikel 23 lid 3 opgenomen termen 'godsdienst en levensovertuiging'. In het kader van de jurisprudentie (met name over gelijke behandeling) geldt dat de kwalificatiewijzen uiteenlopen. We komen subjectiverende en objectiverende kwalificatie tegen. De CGB past standaard een subjectiverende kwalificatiewijze toe. Dit legitimeert zij vanuit het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid en vanuit de erkenning van het belang van de zelfdefinitie van het rechtssubject. Deze benadering past in een accommodationistisch perspectief waarbij het rechtssubject de vrijheid wordt gelaten om zelf zijn identiteit aan te meten. In de rechtspraak van het EHRM wordt deze zelfdefinitie soms echter niet erkend en hanteert men een meer objectiverende wijze van kwalificeren.

(3) Ten slotte is de wijze van kwalificeren naar aanleiding van de jurisprudentie over psychische overmacht moeilijk in een politiek-filosofisch kader te

plaatsen. De rechter gaat in deze zaken meestal uit van een subjectiverende kwalificatiewijze. Op grond van deze zaken valt echter niet af te leiden wat de legitimatie is voor dit begrip van godsdienst.

20.3 NADERE DUIDING

Hoewel in het kader van de formuleringen van de grondrechtsobjecten van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet en de vaste rechtspraak hierover gesteld kan worden dat het juridische begrip van godsdienst een aantal aspecten bevat die objectief van aard zijn en geassocieerd kunnen worden met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme, kunnen we op basis van de analyse van verschillende onderwerpen met een religieus karakter concluderen dat er in het recht een uiteenlopend begrip van godsdienst bij verschillende onderwerpen wordt gehanteerd. Ook zien we dat het begrip godsdienst ten aanzien van één specifiek onderwerp kan variëren. De rechter hanteert dan bijvoorbeeld een wat andere benadering dan de wetgever. In het bovenstaande heb ik getracht algemene lijnen te ontwaren. Vanuit dat perspectief heb ik de verschillende onderwerpen gecategoriseerd.

De legitimaties voor de verschillende manieren waarop het begrip godsdienst wordt uitgelegd kunnen worden geassocieerd met verschillende politiek-filosofische ideaaltypen. Men zou kunnen zeggen dat het juridische begrip van godsdienst als een lappendeken van verschillende politiek-filosofische perspectieven aan elkaar hangt. Dat is ook niet verwonderlijk gezien het feit dat het recht een neerslag vormt van langdurige maatschappelijke en politieke ontwikkelingen. Uiteindelijk doe ik vier constatering:

1. Er zijn een aantal onderwerpen waarbij in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen van individualisering en multiculturalisering een verschuiving plaatsvindt van een objectiverende naar een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Deze ontwikkeling kunnen we duiden als het gevolg van een meer accommodationistische benadering die aan invloed wint ten koste van een benadering die past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme, dat uitgaat van historisch gevestigde collectiviteiten. Voor deze onderwerpen geldt dat de accommodatie van religieuze pluriformiteit en de daarbij behorende subjectiverende uitleg weinig weerstand van de overheid oproept en tot weinig praktische problemen leidt. Veelal betreffen dit onderwerpen waarbij de mogelijke (financiële) consequenties van een meer subjectiverende uitleg voor de staat beperkt zijn. Het gaat om de eedsaflegging in gerechtelijke procedures, de reikwijdte van de term kerkgenootschap en de strafrechtelijke bescherming van groepen tegen discriminatie.
2. Er zijn een aantal onderwerpen die we kunnen beschouwen als restanten van het zuilensysteem. Daarbij wordt een een collectief-subjectiverende

uitleg van het begrip godsdienst gehanteerd die kan worden geassocieerd met het communautaristische ideaaltype. Het kerkgenootschap en het bijzonder onderwijs hebben tot op zekere hoogte de vrijheid om voor hun leden, respectievelijk leerlingen/docenten te bepalen wat telt als godsdienst. In hoeverre de communautaristische benadering toekomstbestendig is, zal afhangen van de mate waarin de maatschappij blijft ondersteunen dat godsdienst een legitimatie vormt voor een vergaande autonomie van instellingen. Mogelijk dat dit gezien de wegebbende invloed van de christelijke politieke principes van 'sovereiniteit in eigen kring' en 'subsidiariteit' minder wordt. De laatste jaren lijkt deze steun in ieder geval ten aanzien van het bijzonder onderwijs af te nemen. Aan de andere kant zijn er nog steeds groepen in de samenleving die zich op deze traditionele wijze organiseren. Zolang deze groepen bestaan zullen hun rechten niet zomaar worden afgenomen en in dat geval zal ook de bij deze rechten behorende collectief-subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst blijven bestaan.

Het gevolg is dat bij een botsing tussen een collectief en een individueel recht binnen een religieuze gemeenschap, er geheel tegen de tendens van een individualiserende samenleving in, door het recht aan de zelfdefinitie van de religieuze groep een groter belang wordt toegekend dan aan de zelfdefinitie van het individu.

3. Er zijn een aantal onderwerpen waarbij in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen van individualisering en multiculturalisering een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst gangbaarder wordt maar waarin men ten aanzien van een louter individuele (singuliere) godsdienstuoefening nog wel een objectiverende uitleg hanteert. Dit valt te duiden als een accommodationistische benadering die niet tot het uiterste wordt gevolgd, aangezien men op sommige punten vasthoudt aan een benadering die past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. De rechtsorde lijkt op het gebied van kleding en omgangsvormen, rituele slacht, de aanvraag asiel een uitsluitend singuliere wijze van godsdienstuoefening niet te willen accommoderen. Waarschijnlijk is dat bij deze onderwerpen een volledig accommodationistische benadering onwenselijk wordt geacht wegens angst voor misbruik van het recht of voor situaties waarbij het recht onhanteerbaar zou worden. Men kan denken aan de situatie dat een individu op basis van een zelfverzonnen geloof het recht claimt om ritueel te slachten of stelt in het kader van een ontslag gediscrimineerd te worden wegens het om godsdienstige redenen dragen van een absurde 'outfit' (een vergiet?) in een functie waar representativiteit belangrijk is. Ook kan de terughoudendheid worden ingegeven vanwege het feit dat bepaalde kwesties politiek gevoelig liggen, bijvoorbeeld het verlenen van verblijfsvergunningen. Mogelijk is men bevreesd dat een benadering waarbij men de religieuze perspectieven van asielzoekers volledig accommodeert (bij het niet uitfilteren van onop-

rechte claims) zou kunnen leiden tot een toename van het aantal vluchtelingen.

4. Er zijn een aantal onderwerpen waarbij ondanks de maatschappelijke ontwikkelingen van individualisering en multiculturalisering een meer objectiverende uitleg van het begrip godsdienst wordt gehandhaafd. Het begrip van godsdienst kan binnen deze onderwerpen worden geassocieerd met het liberaal gezindtepluralisme. Men gaat het liefst uit van de traditionele en algemeen erkende godsdiensten. Bovendien moeten deze godsdiensten welbepaald zijn. We komen deze benadering tegen in het belastingrecht terzake van de ANBI-regeling en de kerkenvrijstelling en in het onderwijs terzake van de uitleg van de term richting. De nadruk op objectivering binnen deze onderdelen van het recht is mogelijk te verklaren vanuit de gedachte dat het hier gaat om rechtssubjecten die een financiële gunst verlangen van de overheid. Dat is evident voor de belastingvoordelen van kerkgenootschappen maar geldt ook voor het bestaan van het bijzonder onderwijs. Het betreft dan de regeling voor de vervoerskosten naar de dichtstbijzijnde school van de gewenste richting en de bekostiging van een nieuw te stichten school. Denkbaar is dat de staat ten aanzien van deze onderwerpen vreest dat een subjectief begrip van godsdienst tot hoge kosten zal leiden en zich daarom objectief-restrictief opstelt.

Deel V
Beantwoording van de hoofdvraag

21.1 INLEIDING

In dit proefschrift is het juridische begrip van godsdienst geanalyseerd en vanuit een politiek-filosofisch perspectief nader geduid. Ter afsluiting beantwoord ik op grond van de resultaten van dit onderzoek de vraag welk begrip van godsdienst of levensovertuiging¹ het recht zou moeten hanteren. Mijn voorstel is om voortaan uitsluitend de subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst te hanteren. Dat wil zeggen dat het rechtssubject op basis van zijn eigen opvattingen mag bepalen wat telt als godsdienst(ig) en dat deze uitleg juridisch doorslaggevend is. Dat de subjectiverende uitleg is te prefereren beargumenteer ik aan de hand van voor- en nadelen van de perspectieven op het godsdienstbegrip in de verschillende door mij onderscheiden politiek-filosofische idealen. Als reactie op de mogelijke kritiek op een subjectiverende uitleg stel ik ten eerste voor om een dergelijke subjectiverende uitleg te laten samengaan met minimale objectieve randvoorwaarden. Ten tweede pleit ik ervoor om een strengere oprechtheidstoets in te voeren op basis waarvan onechte religieuze claims gemakkelijker kunnen worden doorzien. Ten derde beveel ik aan dat er bij elk afzonderlijk recht met een religieus object (dus rechten naast artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM, veelal opgenomen in wetten in formele zin) een beperkingsclausule moet worden opgenomen. Met het opnemen van een beperkingsclausule krijgt de rechter meer ruimte om zelfdefinitie van het rechtssubject toe te staan omdat zijn kwalificatie dan niet direct gevolgen heeft in de zin dat aan een claim zonder meer rechten worden verbonden: er is immers altijd nog een belangenafweging mogelijk.

21.2 EEN SUBJECTIEF GODSDIENSTBEGRIP?

21.2.1 *Rechtszekerheid*

Gesteld kan worden dat de huidige wijze waarop binnen het Nederlandse recht het begrip godsdienst wordt uitgelegd te herleiden is tot het gedachtegoed van drie filosofische ideaaltypen: het liberaal gezindtepluralisme, het communautarisme en het accommodationisme. Het recht hangt als een lap-

1 Hierna noem ik (net als in de rest van het proefschrift) levensovertuiging niet meer voortdurend als aparte categorie. Zie ook 1.6.

pendeken van verschillende ideaaltypen aan elkaar waardoor er bij het ene thema een meer subjectiverende en bij het andere thema een meer objectiverende uitleg van de term godsdienst wordt gehanteerd. Vanwege het beginsel van rechtszekerheid is het te verkiezen wanneer er een eenduidig begrip van godsdienst wordt gehanteerd.² Dat de verschillende aard van de rechtsgebieden een eenduidig begrip in de weg zou staan betwijfel ik. Op dit punt kom in de volgende paragraaf (21.3) terug. Eerst wil ik mij richten op de politiek-filosofische onderbouwing voor hetzij een subjectiverende, hetzij een objectiverende uitleg van het begrip godsdienst.

21.2.2 Een traditioneel godsdienstbegrip

De bovengenoemde drie politiek-filosofische stromingen gaan uit van een relatief godsdienstbegrip. Dat wil zeggen dat ze alle drie vinden dat het juridische systeem, de rechtsorde, geen taak heeft om over de (on)waarheid van godsdienst te oordelen. Inherent aan het uitgangspunt van de godsdienstvrijheid zoals dat geldt binnen het liberaal gezindtepluralisme en het accommodationisme of het uitgangspunt van religieuze tolerantie zoals dat geldt binnen het communautarisme is dat de overheid niet probeert haar burgers te overtuigen van de ware godsdienst. Wel laten het liberaal gezindtepluralisme en communautarisme een contextualisering³ van het juridische godsdienstbegrip toe. Dat betekent dat ze erkennen dat binnen een bepaalde context godsdienst een vastomlijnde betekenis kan hebben in de vorm van een specifieke godsdienst. Binnen de eigen sfeer kunnen de daartoe geautoriseerde instanties bepalen wat de 'ware' godsdienst is. Zo kan binnen de islamitische geloofsgemeenschap de islam (of een denominatie daarvan) gelden als ware godsdienst.

Het liberaal gezindtepluralisme is in zoverre star dat het alleen de traditioneel erkende godsdiensten en hun uitingen erkent. Het begrijpt godsdienst als fenomeen vanuit de typische vormen van belijden van traditioneel in het land gevestigde godsdiensten. Een zeker ethnocentrisme lijkt hier een rol te spelen: alleen datgene wat we vanuit de achtergrond van de westerse samenleving (die is beïnvloed door de joods-christelijke godsdienst en het Grieks-Romeinse gedachtegoed) kunnen uitleggen als godsdienst kan als zodanig aanspraak maken op rechten. Tegen deze achtergrond kunnen we bepaalde criteria duiden die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld, zoals het vereiste dat het bij godsdienstige uitingen en gedragingen moet gaan om uitingen en ge-

² Zie ook Soeteman, *R&R* 1992, p. 106.

³ Habermas 2005, r. 37.

dragingen '... in a generally accepted form'.⁴ Daarmee wordt gerefereerd aan de welbekende traditionele vormen van religieus belijden. Ook het vereiste dat godsdienst samenhangend moet zijn en fundamenteel van aard, kunnen we zien als een eis die onze vooronderstelling over godsdienst weerspiegelt.⁵ Deze vooronderstelling is te herleiden tot de voor ons bekende godsdiensten, denk aan het katholicisme dat inderdaad een samenhangende en fundamentele visie op het leven inhoudt.

Verder kan gewezen worden op het criterium dat godsdienstige uitingen en gedragingen in direct verband moeten staan met een godsdienst (directe uitdrukking van godsdienst). Ook dit vereiste kan men associëren met liberaal gezindtepluralisme. Het betreft dan de Lockeaanse opvatting over neutraliteit die aan dit ideaaltype ten grondslag ligt. De rechter krijgt daarmee een extra instrument in handen om godsdienstige claims af te wijzen. Hij kan dergelijke claims daarmee niet alleen afwijzen wanneer hij de aard van een uiting of gedraging niet als godsdienstig kwalificeert, maar ook wanneer hij vindt dat er onvoldoende verband is tussen een uiting of gedraging en de betreffende godsdienstige leer of traditie.

Dit criterium bevoordeelt impliciet de meerderheid van de bevolking ten opzichte van religieuze minderheden. Want, of een uiting of gedraging voldoende verband heeft met een godsdienstige leer of traditie is voor algemeen erkende godsdiensten eenvoudiger te bepalen dan voor meer exotische of meer singuliere godsdiensten. Men zal geneigd zijn om dit verband ten aanzien van meer exotische of meer singuliere godsdiensten te beoordelen vanuit de maatstaf van de algemeen erkende godsdiensten. Men heeft immers geen ander vergelijkingsmateriaal. In de praktijk wordt dit criterium gebruikt wanneer iemand vanwege zijn godsdienst een uitzondering claimt ten aanzien van algemeen geldende wetten met een neutrale strekking. Een bekend voorbeeld hiervan is de uitspraak van de ARvS over de antroposofische huisarts. Het ging hier om een huisarts die zich vanwege zijn antroposofische levensovertuiging weigerde aan te sluiten bij het wettelijk verplichte pensioenfonds. De rechter oordeelde dat een dergelijke gedraging niet kon gelden als een directe uitdrukking van godsdienst of levensovertuiging. Waarom vindt de rechter dat dit geen godsdienstige of levensbeschouwelijke gedraging is? Waarschijnlijk omdat hij traditionele vormen van religieus belijden voor ogen had en niet een onderwerp als het weigeren om deel te nemen aan een verplicht pensioenfonds.

4 EHRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*); EHRM 2 oktober 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1002DEC004985399 (*Pichon en Sajous v Frankrijk*), p. 4; EHRM 11 januari 2007, nr. 184/02, (*Kuznetsov e.a. v Rusland*); EHRM 3 december 2009 (ontv.), nr. 40010/04 (*Skugar e.a. v Rusland*).

5 Denk ook aan de objectieve eisen die aan andere wettelijke termen met een religieuze lading worden gesteld, zoals het begrip richting. Zie hiervoor hoofdstuk 19.

We zouden het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme ook pragmatisch kunnen noemen. Datgene waarmee ‘wij’ ons in enigermate kunnen identificeren kan gelden als godsdienst(ig).⁶ Vanuit dit pragmatisme komt ook de wens voort om in het algemeen godsdienst en zijn uitingen en gedragingen te plaatsen in een min of meer objectief kader. Dit kader wordt bepaald door een toets van gemeenschappelijke opvattingen over wat telt als godsdienst. Deze toets kan de vorm hebben van een refereren aan algemeen in de maatschappij geldende opvattingen over godsdienst, maar het kan ook een refereren zijn aan opvattingen van deskundigen. In het laatste geval laat men een deskundige bepalen of iets telt als godsdienst(ig). Binnen het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme wil de staat door middel van objectivering van het godsdienstbegrip de betekenis van godsdienst reguleren. Hieraan liggen geen totalitaire ambities ten grondslag zoals binnen een theocratie of een binnen een totalitaire atheïstische staat maar wel een neiging om het religieus pluralisme zoals dat er in de samenleving is te conserveren.

21.2.3 Een collectivistisch godsdienstbegrip

Het communautarisme is minder star dan het liberaal gezindtepluralisme en voelt minder de noodzaak zich te bedienen van een objectiverende uitleg van het juridische begrip van godsdienst. Het hanteert daarentegen een collectieve uitleg van godsdienst. Het collectief mag binnen een communautaristische staat eigen regels stellen waarin het bepaalt wat aangemerkt wordt als godsdienst(ig). In tegenstelling tot het liberaal gezindtepluralisme wil de staat binnen dit perspectief niet de juridische betekenis van godsdienst reguleren maar accepteert hij in vergaande mate de zelfregulering van het collectief.⁷ In feite omarmt het communautarisme een volledige contextualisering van het begrip godsdienst. Wat als godsdienst(ig) telt is geheel afhankelijk van de context (taal, cultuur, gemeenschap) waarbinnen dit fenomeen zich manifesteert. Het communautaristische ideaaltype zoekt niet naar een overstijgende consensus over wat telt als godsdienst(ig) en wordt ook niet bewogen door pragmatische overwegingen om alleen dat als godsdienst(ig) te erkennen dat

6 Rorty 2007, p. 278.

7 Zie in dit kader de zaak die dient voor het EHRM over de Sharia in Griekenland, EHRM nr. 20452/14 (*Molla Sali v Greece*). Het gaat in dit geschil over de toepassing van het Griekse erfrecht. De nationale rechters stellen dat het Griekse erfrecht in het onderhavige geval geen geldend recht is, omdat de betreffende overleden persoon lid was van een moslimgemeenschap en dat om die reden de Sharia van toepassing is. Kennelijk geeft Griekenland de islamitische gemeenschap een grote autonomie om hierin regels te stellen. Klager stelt voor het EHRM dat het Griekse erfrecht van toepassing zou moeten zijn.

algemeen in de maatschappij wordt aanvaard,⁸ maar stelt als enige voorwaarde dat de religieuze groepen elkaar tolereren.

In de huidige tijd waarin de opvattingen over godsdienst zijn geïndividualiseerd kan men tegen het communautarisme inbrengen dat niet het collectief, bijvoorbeeld de geloofsgemeenschap, moet gelden als rechtssubject dat bepaalt wat geldt als godsdienst(ig) maar het individu. Communautaristen zullen dit niet volledig onderschrijven. Zij zullen stellen dat de mens als individu niet in staat is om zonder geloofsgemeenschap, zonder context, te bepalen wat godsdienst(ig) is. Met andere woorden, geloven doe je niet alleen, maar samen. Bovendien zien communautaristen het heersende individualisme als product van een liberale leefwereld waarin de mens is vervreemd van zijn identiteit-constituerende context.⁹ Misschien hebben communautaristen hierin gelijk en is een individuele of singuliere godsdienst niet mogelijk. De consequentie hiervan kan echter niet zijn dat het recht op zelfdefinitie niet ook een individueel recht kan zijn. Dat zou betekenen dat de godsdienstvrijheid uitsluitend zou gelden voor religieuze gemeenschappen en dat 'eigenwijze' individuen zich niet mogen onttrekken aan de collectieve definitie van godsdienst. Dat druist in tegen het idee van individuele mensenrechten en is een te belangrijke verworvenheid om aan de kant te schuiven. Om onderdrukking, hersenspoeling, etc. te voorkomen, moet gegarandeerd worden dat het individu het laatste woord heeft in wat telt als godsdienst(ig).

Dat neemt niet weg dat het in een dispuut tussen een religieuze gemeenschap (bijvoorbeeld een kerk) en het individu in het algemeen wenselijk is dat de zelfdefinitie van het individu ondergeschikt is aan die van de religieuze gemeenschap. Het wordt anders immers lastig om een gemeenschappelijke geloofsleer of traditie te hebben en de daarbij behorende uitingen en gedragingen te verwerklijken. Dit is vanwege het toenemende belang van de horizontale werking van grondrechten een belangrijk communautaristisch uitgangspunt. De zelfdefinitie van het individu lijdt hier niet onder omdat het individu de keuze heeft om, wanneer hij zich niet kan vinden in de collectieve definitie, de geloofsgemeenschap te verlaten. De huidige rechtsorde dient daarom de vruchten van het communautaristisch perspectief juist te koesteren. Vastgehouden moet worden aan het principe dat de autonomie van kerken, religieuze instellingen en scholen om regels te stellen over wat telt als godsdienst(ig) prevaleert boven de zelfdefinitie van de leden van deze organisaties.

8 Habermas 2005, p. 45.

9 Sandel 1998, p. 62.

21.2.4 Een individualistisch godsdienstbegrip

Het accommodationisme staat een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst op het niveau van het individu toe om zodoende ook individuele religieuze opvattingen te accommoderen, ook als die volledig singulier zijn. Het recht op zelfdefinitie zou volgens het accommodationisme voor elk individu moeten gelden ('each conscience is a law unto itself').¹⁰ Het accepteert niet dat de individuele zelfdefinitie ondergeschikt is aan de collectieve zelfdefinitie. De consequentie van het accommodationisme is een vergaande individualisering van het antwoord op de vraag wat godsdienst(ig) is. Niet de staat, niet het collectief, maar het individu bepaalt primair het godsdienstbegrip. Het gevolg hiervan is dat het accommodationisme ook het contextualisme afwijst. Contextualisme kan immers niet bestaan wanneer die context slechts bestaat uit één individu. Zoals in de voorgaande paragraaf gesteld, zou de zelfdefinitie van het individu niet ondergeschikt mogen worden gemaakt aan collectieve zelfdefinitie, tenzij het rechtssubject als lid van een religieus collectief zelf ervoor kiest om zijn recht op zelfdefinitie over te dragen aan het collectief en hij tegelijkertijd vrij is om zijn lidmaatschap op elk moment op te zeggen. Het accommodationisme moet in dat aspect gematigd worden door het communautarisme.

Het accommodationisme verwerpt de objectivering van het juridische godsdienstbegrip. Ook de minimale objectivering van het liberaal gezindtepluralisme. De vraag wat godsdienst(ig) is, beperkt zich niet tot de bekende traditionele godsdiensten en hun uitingen en gedragingen. Godsdienst mag atypisch zijn. Ook staat dit ideaaltype kritisch tegenover de eis dat een godsdienst samenhangend en fundamenteel moet zijn en de eis dat een uiting of gedraging in direct verband moet staan met de godsdienst. Het accommodationisme vreest dat deze eisen teveel ruimte laten om de vraag wat godsdienstig is toch etnocentrisch te benaderen. Want wie bepaalt wat een directe uiting of gedraging is en wanneer is een godsdienst nu samenhangend? Logischerwijs verwerpt het accommodationistische perspectief ook het gebruik van de objectiverende uitleg van het begrip godsdienst gebaseerd op algemeen gedeelde maatschappelijke opvattingen of op deskundigenoordelen. Het ziet deze manieren om godsdienst uit te leggen als etnocentrische constructies om de betekenis van godsdienst vanuit de eigen westerse cultuur te duiden.

De accommodationistische visie is onder andere ingegeven door de vrees voor ongelijke behandeling van verschillende aanhangers van godsdiensten en levensbeschouwingen. Men is bang voor het gevaar dat individuen en groepen in de samenleving geen recht hebben op godsdienstvrijheid omdat

¹⁰ Nussbaum 2013, p. 83.

ze niet geassimileerd zijn in de dominante cultuur. Interessant in dit verband is dat Vermeulen¹¹ juist stelt dat het gelijkheidsbeginsel verbiedt:

‘... om de subjectieve interpretatie van een minderheidsgroep of een individu in zodanige mate te volgen dat deze groep of dit individu daardoor buitenproportioneel wordt beoordeeld’.¹²

Vermeulen legt niet uit hoe een subjectieve uitleg van het godsdienstbegrip zou kunnen leiden tot een buitenproportionele bevoordeling. Ook legt hij niet uit ten opzichte van wie die aanhangers van exotische of atypische godsdiensten dan zouden worden beoordeeld. Vermoedelijk bedoelt hij dat ze beoordeeld worden ten opzichte van burgers die geen beroep doen op de godsdienstvrijheid. Maar, zo zou men kunnen stellen, ook aanhangers van traditionele godsdiensten worden ten opzichte van niet-religieuze burgers beoordeeld wanneer zij met succes een beroep doen op de godsdienstvrijheid. De vraag is dan ook waarin de bevoordeling van aanhangers van traditionele godsdiensten zou verschillen met die van niet-traditionele godsdiensten. De wijze waarop de accommodationisten zich bedienen van het gelijkheidsbeginsel is mijns inziens overtuigender. Zij stellen dat juist de niet-traditionele gelovigen ongelijk worden behandeld doordat de meerderheid van de bevolking wetten maakt die zijn toegesneden op de gevestigde traditionele godsdiensten en niet op de meer excentrieke of singuliere godsdiensten. Om die reden vinden accommodationisten dat er voor hen uitzonderingen gemaakt moeten worden in de bestaande wetten. Accommodationisten zien deze uitzonderingen niet als een vorm van ‘bevoordeling’ van bepaalde groepen of individuen maar als een basisrecht dat ieder individu zou moeten toekomen.¹³

21.2.5 Zelfdefinitie als essentieel onderdeel van de godsdienstvrijheid

Gelet op het huidige multiculturele tijdsgewricht, de individualisering van de samenleving en het gelijkheidsbeginsel is er inderdaad zoals het accommodationisme stelt, veel voor te zeggen dat de rechtsorde zoveel mogelijk moet proberen de individuele geloofsopvattingen en godsdienstuitoefening te accommoderen. Het valt eigenlijk niet uit te leggen dat de godsdienstuitoefening van de gevestigde traditionele godsdiensten wel als godsdienst wordt gekwalificeerd en exotische en onbekende vormen van godsdienstuitoefening niet. Evenzo valt niet uit te leggen dat een religie met veel aanhangers

11 Zie voor zijn positie in het debat over de uitleg van het godsdienstbegrip 3.3.2.

12 Vermeulen 2007, p. 79.

13 Nussbaum 2013, p. 83.

wel als zodanig wordt gekwalificeerd en een individuele godsdienst of een godsdienst met een klein aantal leden niet.

Behalve in het accommodationisme kan er ook een legitimatie voor het (individuele) recht op zelfdefinitie worden gevonden in de door mij beschreven meer gematigde varianten van het communautarisme, namelijk de gereformeerde traditie,¹⁴ in de katholieke traditie van na het Tweede Vaticaanse Concilie en in het niet-religieuze en niet-filosofisch gekleurde begrip van menselijke waardigheid. Ten slotte kan men eveneens een legitimatie voor zelfdefinitie vinden in het contemporaine liberalisme.

Een belangrijk argument voor zelfdefinitie binnen de protestantse traditie volgt uit het beginsel van de soevereiniteit van God. De aanvaarding van de soevereiniteit Gods brengt de 'soevereiniteit in eigen kring' van het individu, maatschappelijke kringen en ook van de staat met zich. De verhouding tussen God en het individu, de maatschappelijke kring of de staat creëert namelijk een verantwoordelijkheidsrelatie die ervoor zorgt dat men in eerste instantie verantwoording verschuldigd is aan de enige echte soeverein, namelijk God en dan pas aan de rest van de samenleving waaronder de staat. Met andere woorden, de verantwoording die men is verschuldigd aan God creëert in de psyche van de mens een morele ruimte op grond waarvan men in het uiterste geval ongehoorzaam zal zijn aan de staat en (andere) maatschappelijke kringen.

Volgens Kuyper lag het besef van de soevereiniteit Gods ten grondslag aan het verzet van de Republiek tegen Spanje en aan het ontstaan van de burgerlijke vrijheden zoals die zijn opgenomen in de Nederlandse constitutie en die van de Verenigde Staten. Van deze burgerlijke vrijheden is volgens Kuyper de soevereiniteit van de enkele persoon in geestelijke kwesties de belangrijkste. Hij noemt de soevereiniteit van de enkele persoon zelfs het 'palladium'¹⁵ van de burgerlijke vrijheden:

'Een heldenworsteling heeft het gekost om deze diepste van alle menselijke vrijheden aan de dwingelandij te ontwringen en bij stromen is het menselijk bloed vergoten, eer ze veroverd werd; maar juist deswege werpt dan ook elke zoon der Reformatie de eer zijner vaders weg, die niet volhardend, en zonder van wijken te weten, voor dit palladium onzer vrijheden opkomt.'¹⁶

De soevereiniteit van het individu in geestelijke zaken zou niet alleen de vrijheid van het individu om te kiezen welke bestaande godsdienstige traditie hij of zij navolgt moeten betreffen maar ook de vrijheid om als individu zelf de inhoud van zijn of haar godsdienst te definiëren, dat wil niet alleen

14 Zie 4.5.

15 We kunnen deze term interpreteren als 'waarborg'.

16 Kuyper 1959, p. 60.

zeggen het zelf onafhankelijk van autoriteiten uitleggen van reeds erkende heilige bronnen (het recht dat de inzet vormde voor de reformatie) maar ook, en dat gaat nog een stap verder, het zelf bepalen wat voor hem of haar heilig is. Deze vrijheid zou bezien vanuit het beginsel van de soevereiniteit van God een essentieel onderdeel van de godsdienstvrijheid moeten zijn vanwege het geloof dat men met het definiëren van de eigen geloofsidentiteit in uitingen en gedragingen de verhouding met de allerhoogste, met God op 'het spel' zet. Eigenlijk is het definiëren van de eigen godsdienst dan ook geen 'zelf'-definitie maar juist de definitie van de Ander.¹⁷ In navolging van de joodse traditie¹⁸ gaat men in de calvinistische traditie vanuit een besef van heiligheid en vol ontzag en eerbied voorzichtig om met de naam van God. Men wil letterlijk en figuurlijk geen beeld van God aanbidden maar God zelf.¹⁹ Onder andere om deze reden hadden ARP'ers ten tijde van de totstandkoming van het godslasteringsverbod problemen met het definiëren van het begrip God.²⁰ Vanuit een besef van heiligheid wilden ze het juridische begrip godsdienst niet nader invullen.

Omdat met de definitie van godsdienst de relatie tussen God en het individu op het spel staat zou de definitie van godsdienst primair een verantwoordelijkheid van het individu moeten zijn. In aanvulling op dit uit de protestantse traditie afgeleide argument voor zelfdefinitie kan men op grond van de katholieke traditie van na het Tweede Vaticaanse Concilie²¹ aanvoeren dat in de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing reeds de vrijheid tot zelfdefinitie ligt besloten. In deze traditie wordt expliciet het recht op dwaling erkend. Men gaat ervan uit dat godsdienstvrijheid niet voortkomt uit het idee dat ieder mens een eigen waarheid (subjectieve gesteltenis van de mens) heeft, maar uit het idee dat de vrijheid om naar de waarheid te zoeken zelf ook een onderdeel is van de waarheid (die men kan kennen op basis van de

17 De 'Ander' met een hoofdletter omdat ik hiermee God bedoel. Zie ook Levinas 1987.

18 Joden spreken de vierletterige naam van God (JHWH) niet uit, uit respect voor de heiligheid van God en om te voorkomen dat ze de naam van God verkeerd gebruiken.

19 Calvin 1931 [1536], p. 72. Hoofdstuk XI, 'Dat het zonde is aan God een zichtbare gedaante toe te kennen, en dat in het algemeen van den waren God afwijken, alwie zich afgoden oprichten.' Calvin stelt op p. 83: 'De geest van den mensch, vervuld als ze is van trots en vermetelheid, durft zich, naar eigen bevassing, God voorstellen; overeenkomstig de domheid, waaraan ze lijdt, ja de zeer grote onwetendheid, waaronder ze bedolven is, bedenkt ze ijdelheid en een ledige hersenschim in de plaats van God. Bij deze kwade dingen komt nog een nieuwe slechtheid, namelijk deze, dat de mensch God naar de opvatting, die hij innerlijk van hem heeft, tracht uit te drukken in een stuk werk.'

20 Zie 9.3.3.

21 Voor het Tweede Vaticaanse Concilie werden aan het dwalende geweten juist geen rechten toegekend. Zie de *Syllabus Errorum* en de encycliek *Quanta Cura* van 1864 van Paus Pius IX.

openbaring en de rede). Waarheid legt zich volgens de katholieke kerk in vrijheid op.²² 'Foutieve definities' van de ware godsdienst zouden vanuit dit perspectief kunnen worden gezien als onderdeel van de zoektocht naar de ware definitie van godsdienst, namelijk die van het evangelie van Jezus Christus. Omdat foutieve definities van de ware godsdienst kunnen worden gezien als een tussenstation op weg naar de juiste definitie van de ware godsdienst moeten ze daarom net als de 'juiste definitie' door het recht als godsdienstig worden erkend.²³

In de VN-mensenrechtenverklaringen (waarvan de Universele Verklaring van 1948 de belangrijkste is) en nationale constituties (zoals die van Duitsland, Japan en Zuid-Afrika) van na de Tweede Wereldoorlog werd het fundament van de mensenrechten niet gevonden in de soevereiniteit van God maar in de inherente waardigheid van de mens zelf. Bekend is dat de leden van de VN-commissie die was belast met het opstellen van de Universele Verklaring van 1948 een 'metafysische fundering' van het begrip menselijke waardigheid vermeden.²⁴ Om de mensenrechten een universele gelding te verlenen werd verwezen naar een begrip dat niet aan één specifieke filosofische of theologische stroming was ontleend.²⁵ De betekenis van menselijke waardigheid werd opzettelijk niet vastgelegd of in een filosofische traditie geplaatst. Men ging uit van een destijds breed gedeelde opvatting dat de mens een absolute, innerlijke en onvoorwaardelijke waarde heeft vanwege zijn mens-zijn.²⁶ In de literatuur wordt het open begrip van menselijke waardigheid wel beschreven als een 'heuristisch concept'. Dat wil zeggen als een begrip waarvan de basisbetekenis wel vaststaat waardoor het praktisch hanteerbaar is maar waarvan de precieze filosofische onderbouwing een uitnodiging is voor de toekomst.²⁷

Hoewel het begrip van menselijke waardigheid niet volledig is onderbouwd is de samenhang tussen de menselijke waardigheid en mensenrechten vrij eenvoudig: mensen moeten vanwege hun inherente waardigheid met respect behandeld worden en om dit te garanderen moeten ze beschikken over fundamentele rechten. Deze fundamentele rechten hebben een universeel karakter omdat ze betrekking hebben op algemeen menselijke eigenschappen of behoeften. Op basis van het begrip van menselijke waardigheid heeft men door de codificatie van de vrijheid van godsdienst en levensover-

22 Paus Paulus VI, *De verklaring Dignitatis Humanae, over de godsdienstvrijheid*, Hilversum: Gooi en Sticht 1966, Hoofdstuk 1. 'Algemeen karakter van de godsdienstvrijheid', artikel 1. 'Voorwerp en grondslag van de godsdienstvrijheid'.

23 'Prof. Sauer: Vrijheid van godsdienst is fundamenteel recht voor iedereen', *Reformatisch Dagblad*, 18 september 2014.

24 Mertens 2012, p. 117.

25 Hughes 2011, p. 2; Mertens 2012, p. 115.

26 Hughes 2011, p. 6.

27 Tinder 2003, p. 238; Welker 2006, 328; Hughes 2011, p. 8.

tuiging erkend dat er een universele, althans breed gedeelde, behoefte bestaat onder mensen om zich aan de oppervlakkigheid van het bestaan te ontrukken door er voor te kiezen om naar eigen inzicht bepaalde 'principes' van het hoogste, ja zelfs van existentieel belang te achten en deze na te volgen.²⁸ Het begrip van menselijke waardigheid vergt tevens dat de keuze voor dergelijke principes en het navolgen ervan niet beperkt is tot de reeds door anderen geformuleerde principes. Wanneer de rechtsorde vanuit haar neutrale positie de mogelijkheid niet uitsluit dat er een universele waarheid is over de zin, doel en oorsprong van het bestaan moet zij de vrijheid van een ieder beschermen om te proberen om deze waarheid 'te vangen' in een sluitende definitie en deze definitie vervolgens als juridisch doorslaggevend beschouwen. Doet zij dit niet dan dreigt, vanwege het niet juridisch erkennen wat voor de burger van existentieel belang is, het gevaar dat de burger in een mensonwaardige existentiële crisis terecht komt.

Ten slotte kan er ook bij sommige contemporaine liberale denkers, zoals Rawls, Dworkin en Laborde een legitimatie gevonden worden voor het recht op zelfdefinitie.²⁹ De legitimatie hiervoor lijkt net als bij de accommodationisten te zijn gelegen in de opvatting dat de gevestigde traditionele godsdiensten geen speciale status in het recht verdienen. Ze ontkennen daarbij het belang van godsdienst *an sich* niet maar willen het recht op de vrijheid van godsdienst vervangen door een recht dat ook de meer seculiere uitingen en gedragingen en manieren waarop men zich kan verhouden tot het 'goede leven' beschermt.³⁰ Ze zien het recht op de vrijheid van godsdienst slechts als een onderdeel van een meer algemeen basisrecht op persoonlijke vrijheid of ethische onafhankelijkheid.³¹ Dit recht zou dan naast de historische kern van het recht op de vrijheid van godsdienst ook godsdiensten en levensbeschouwingen moeten omvatten die exotisch of singulier zijn. De betreffende liberale denkers sluiten daarbij min of meer aan bij het concept van menselijke waardigheid. Vanwege het menselijke vermogen om morele of spirituele keuzes te maken is de staat aan ieder mens het recht op zelfdefinitie verschuldigd.³² De mogelijke consequenties van het contemporaine liberale

28 Kierkegaard 1995 [1844], p. 79. Kierkegaard beschouwt kiezen als een eigenlijke uitdrukking van het ethische. Hij stelt dat wanneer de mens waarlijk kiest, in de zin dat hem iets echt aangaat, hij in feite een keuze maakt tussen het 'goede' en het 'kwade'. Hij noemt dit de absolute differentie.

29 De opvattingen van deze contemporaine liberalen zou men ook als ideaaltype kunnen conceptualiseren. De reden dat dit in dit proefschrift niet is gedaan, is dat de opvattingen van deze denkers over godsdienst(vrijheid) tamelijk nieuw zijn en daardoor nog geen (grote) invloed hebben uitgeoefend op het juridische begrip van godsdienst.

30 Laborde 2017, p. 28.

31 Dworkin 2013, p. 131; Rawls 1971, p. 206.

32 Laborde 2017, p. 28; Seglow 2016, p. 179.

standpunt dat er geen principieel verschil bestaat tussen godsdienstige en seculiere uitingen en gedragingen³³ behandel ik in 21.3.4.

21.3 GEVAREN VAN EEN VOLLEDIG GESUBJECTIVEERD GODSDIENSTBEGRIJ

Hoewel een meer subjectief juridisch godsdienstbegrip vanuit bovenstaande perspectieven misschien erg aansprekend is, levert dit de nodige hoofdbrekens op. Het recht bevat naast de grondwettelijke godsdienstvrijheid tal van rechten met een religieus object, zoals de uitzonderingsbepaling die het vanwege religieuze redenen toestaat om met een bedekt hoofd afgebeeld te worden op een identiteitskaart of een rijbewijs (artikel 28 lid 3 Paspoortuitvoeringsregeling PUN), de zinsnede in artikel 1 Wet vorm van de eed die het mogelijk maakt dat men om religieuze redenen naar eigen wijze de eed kan afleggen en ten slotte de ontheffing van de leerplicht op grond van religieuze bedenkingen tegen de richting van de in de buurt gelegen scholen (artikel 5 sub b Leerplichtwet 1969). Bij al deze rechten speelt de vraag of een overtuiging of gedraging gekwalificeerd kan worden als godsdienst(ig). In tegenstelling tot artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet kennen veel van deze rechten geen beperkingsclausule. Indien de rechter in het kader van deze rechten een uiting of gedraging als godsdienstig kwalificeert dan kan hij dus niet, zoals bij de grondrechten, de gevolgen van deze kwalificatie matigen via de beperkingsclausule.

Een meer subjectief godsdienstbegrip roept dan ook tenminste vier vragen op.³⁴ Ten eerste of rechtssubjecten rechten met een religieus object niet zullen gaan misbruiken om zo voor zichzelf een vrijheidssfeer te creëren. Ten tweede of aanhangers van een godsdienst die maatschappelijk gezien ongewenst hierdoor ook een geslaagd beroep kunnen doen op rechten met een religieus object. Bijvoorbeeld godsdiensten die geweld verheerlijken (jihadisme) of anderszins een bedreiging kunnen zijn voor de maatschappij. Ten derde of de verschillende aard van de rechtsgebieden het wel toestaat dat het begrip godsdienst op eenduidige wijze subjectief wordt uitgelegd. De vrees is dan dat dit tot bizarre uitkomsten zou kunnen leiden, bijvoorbeeld nieuwe religieuze groepen die op eigen wijze ritueel willen slachten, mensen die met vreemde uitdossingen op de identiteitskaart willen worden afgebeeld, asielzoekers die een verblijfsvergunning claimen omdat het land van herkomst ze het hun niet toestaat dat ze hun singuliere geloof op geheel eigenzinnige wijze uitoefenen, etc. In aanvulling op deze vraag of een dergelijke subjecti-

³³ Zie ook Schutgens, *TvCR* 2012-1, p. 96.

³⁴ Deze gevaren heb ik reeds als gronden van kritiek op de subjectiverende uitleg van de (grond)wettelijke en in het EVRM opgenomen term godsdienst in 3.5 naar voren gebracht.

vering op het terrein van het belastingrecht en het onderwijsrecht niet leidt tot een enorme financiële druk.

Ten vierde of de subjectivering van het begrip van godsdienst niet zal leiden tot de afschaffing van de godsdienstvrijheid omdat het dan niet meer mogelijk is om een onderscheid te maken tussen enerzijds de rechtsobjecten van de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en de vrijheid van vergadering en anderzijds het rechtsobject van de godsdienstvrijheid.³⁵ Men vreest dat afschaffing van de godsdienstvrijheid erin resulteert dat de bescherming van de godsdienstbeoefening minder wordt.³⁶

21.3.1 Misbruik van rechten met een religieus object

De eerste vraag, of onoprechte personen rechten met een religieus object niet zullen gaan misbruiken om zo voor zichzelf een vrijheidssfeer te creëren, refereert eigenlijk niet naar een probleem dat zich specifiek voordoet ten aanzien van rechten met een religieus object. Ook voor vele andere rechten spelen bewijsproblemen. Het verschil is wel dat voor die rechten het bewijsprobleem meestal geen betrekking heeft op zoiets bovennatuurlijks als het geloof in God of goden. Dat maakt een oplossing voor dit type bewijsprobleem extra moeilijk. In de nationale en EHRM-jurisprudentie wordt een oprechtheidstoets niet als zodanig benoemd. Wel zien we in het asielrecht dat een asielzoeker die stelt om godsdienstige redenen te zijn gevlucht zijn verhaal voor het bestuursorgaan of rechter *aannemelijk* moet maken. Ook zien we in het kader van gelijke behandeling (AWGB) dat een bijzondere (godsdienstige) school slechts onderscheid op grond van godsdienst mag maken indien zij kan *aantonen* dat het hierin een eenduidig beleid voert. We zouden dit voorbeelden kunnen noemen van een oprechtheidstest. Vanuit de gehele breedte van het recht bezien valt echter op dit terrein nog veel te winnen.³⁷ Er zijn vooralsnog geen harde criteria in wetgeving en jurisprudentie ontwikkeld op grond waarvan de oprechtheid van een rechtssubject kan worden getoetst.

21.3.2 Aanhangers van maatschappelijk gezien ongewenste godsdiensten

Over de tweede vraag, de vraag of aanhangers van maatschappelijk gezien ongewenste godsdiensten door een subjectief godsdienstbegrip met succes

35 De Beer 2007; De Beer 2008; De Winter, *NJB* 1996, p. 1-8; Leiter 2008; Wijnberg 2010; Schutgens, *TvCR* 2012-1.

36 Groen 2012, p. 10.

37 Van Halder, *Asiel & Migratierecht* 2010, p. 477.

een beroep kunnen doen op een recht met een religieus object, moeten we opmerken dat het EHRM dit probleem heeft proberen op te lossen door het godsdienstbegrip enigszins te objectiveren. Dit doet het door het godsdienstbegrip negatief af te bakenen. Ten eerste stelt het de eis dat de te beschermen religie of overtuiging niet in strijd mag zijn met de menselijke waardigheid.³⁸ Wellicht sluit deze eis uit dat racisme, fascisme, pedofilie etc. als 'overtuiging' worden erkend.³⁹ Ten tweede plaatst het godsdienstoefening binnen de kaders van liberale en democratische idealen. Zo oordeelde het EHRM in *Refah Partisi tegen Turkije*⁴⁰ dat een politieke partij mocht worden ontbonden omdat leden van deze partij voorstander waren van onder andere het invoeren van de Sharia, dat is het recht direct gebaseerd op islamitische voorschriften. Het EHRM maakte duidelijk dat een politieke partij die de democratie of de rechtsstaat niet respecteert of erop uit is die te vernietigen of de fundamentele (mensen)rechten die hiermee verbonden zijn niet serieus neemt, geen bescherming kan verwachten op grond van de rechten opgenomen in het EVRM.⁴¹

De afbakening van het EHRM is niet uitputtend en niet erg nauwkeurig. Want wanneer is godsdienst in strijd met de menselijke waardigheid en wanneer treedt godsdienst buiten de liberale en democratische kaders? Het biedt geen antwoord op de vragen als: mogen salafistische ouders zich beroepen op de vrijstelling van de leerplicht en hun kinderen thuisonderwijs geven, mogen aanhangers van ID-theorie een school stichten en hun kinderen voorschotelen dat de evolutietheorie en ID-theorie gelijkwaardige perspectieven op het ontstaan van het leven zijn, gaat de Scientology-kerk uit van een godsdienst of levensovertuiging en komt het daarom als kerkgenootschap in aanmerking voor belastingvrijstellingen, etc.

Bovendien is het discutabel om godsdiensten die in strijd zijn met de menselijke waardigheid of liberale en democratische kaders niet als zodanig te erkennen. Want waarom zou het begrip van godsdienst hieraan moeten

38 EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v UK*), par. 36. Wat met menselijke waardigheid wordt bedoeld, is discutabel. Zie 21.2.5. Murdoch 2012, p. 16 stelt dat overtuigingen die: de hulp aan zelfdoding huldigen (EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v the UK*), par. 31); betrekking hebben op de voorkeur voor een bepaalde taal (EHRM 23 juli 1968, nrs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (*Belgian Linguistic case*), par. 6); betrekking hebben op het om religieuze redenen uitstrooien van menselijke overblijfselen (as) over het eigen land (EHRM 10 maart 1981, nr. 8741/79 (*X. v Germany*)) hiermee in strijd zijn.

39 De Beer werpt de vraag op of deze overtuigingen ook als levensovertuiging kunnen gelden. Zie De Beer, *S&D* 2007/10, p. 23.

40 EHRM 13 februari 2003, nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, AB 2003, 152 (*Refah Partisi v Turkije*), m.nt. M.J. Kanne.

41 EHRM 13 februari 2003, nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, AB 2003, 152 (*Refah Partisi v Turkije*), par. 98.

voldoen? Wel zou men kunnen stellen dat deze godsdiensten niet vallen binnen het onderliggende *vrijheidsbegrip* van de godsdienstvrijheid omdat de bescherming van de godsdienstvrijheid wortelt in het ideaal van menselijke waardigheid. Maar dit is een wat omslachtige redenering. Logischer lijkt het om bij dergelijke claims de misbruikbepaling opgenomen in artikel 17 EVRM toe te passen. Daarin is bepaald dat een beroep op de in het verdrag genoemde grondrechten nooit gebruikt mag worden om '... rechten of vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld teniet te doen of deze verdergaand te beperken dan bij dit Verdrag is voorzien.' Dit kan echter alleen wanneer de justitiabele een beroep doet op artikel 9 EVRM. Daarnaast is de kans groot dat aanhangers van een dergelijke godsdienst alleen controversiële ideeën huldigen zonder dat ze die in praktijk brengen. In dat geval biedt artikel 17 EVRM wellicht ook geen soelaas.

21.3.3 Toename claims met een religieus karakter

Voor de derde vraag, of een algemeen subjectief begrip van godsdienst problematisch is omdat niet alle rechtsgebieden voor een dergelijke subjectivering zouden zijn toegerust, moeten we ons afvragen of een subjectivering daadwerkelijk leidt tot een toename van claims met een religieus karakter. Leidt een volledig gesubjectiveerd godsdienstbegrip tot een toename van: burgers die een eigenaardig (religieus geïnspireerd) hoofddeksel willen opzetten bij bijvoorbeeld het maken van een pasfoto, asielzoekers die stellen vervolgd te worden vanwege een singuliere godsdienst, nieuwe religieuze groepen die ritueel willen slachten? En leidt een volledig gesubjectiveerd godsdienstbegrip tot een grote financiële druk op de staat doordat er nieuwe kerkgenootschappen worden opgericht, nieuwe religieuze scholen worden gesticht, meer aanvragen voor thuisonderwijs worden ingediend en meer aanvragen voor vergoeding van de vervoerskosten naar de dichtstbijzijnde school van de gewenste richting worden ingediend? Dit zou allemaal erg onwaarschijnlijk moeten zijn. Het is immers niet logisch dat er plotseling meer godsdiensten ontstaan. Wat wel zou kunnen is dat deze toenames ontstaan doordat rechtssubjecten onoprecht zijn om toch in aanmerking te komen voor een recht, verblijfsvergunning, vrijstelling, uitzondering, etc. Dit is echter wederom het probleem van de oprechtheid en niet van de reikwijdte van het godsdienstbegrip.

21.3.4 *Vrees voor minder goede bescherming van godsdienstige uitingen en gedragingen ten gevolge van een subjectief godsdienstbegrip*

De vierde vraag is of de subjectivering van het begrip godsdienst uiteindelijk niet ertoe zal leiden dat godsdienstige uitingen en gedragingen minder goed zullen worden beschermd.⁴²

Men stelt dan dat als er geen principieel onderscheid gemaakt kan worden tussen godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen en ‘gewone’ opvattingen men net zo goed elke opvatting en de daaruit voort vloeiende gedraging (inclusief de godsdienstige of levensbeschouwelijke) kan laten vallen onder de vrijheid van meningsuiting en indien van toepassing onder de vrijheid van vergadering of vrijheid van vereniging.⁴³ Derhalve zou subjectivering van het begrip godsdienst leiden tot het afschaffen van de godsdienstvrijheid en dit zou dan weer leiden, zo vreest men, tot een minder goede bescherming van godsdienstige uitingen en gedragingen.⁴⁴ De oorzaak-gevolg redenering die ten grondslag ligt aan deze vrees vergt dat ik hier wat uitgebreider bij stilsta dan bij de vorige vragen.

Laat ik om te beginnen opmerken dat men vermoedelijk gelijk heeft wanneer men stelt dat de bescherming van de godsdienstuitoefening minder wordt wanneer de godsdienstvrijheid opgaat in de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en vrijheid van vereniging. Groen merkt terecht op dat indien de vrijheid van godsdienst niet meer zou bestaan er mogelijk allerlei religieuze handelingen zijn die niet langer meer zouden worden beschermd omdat ze niet zouden vallen onder de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en vrijheid van vereniging.⁴⁵

Mijns inziens kan men dan denken aan uitingen en gedragingen die als godsdienstig worden uitgelegd in het licht van de inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen en het bijzonder onderwijs. De inrichtingsvrijheid van kerkgenootschappen is neergelegd in artikel 2:2 BW jo. artikel 6 Grondwet (en artikel 9 EVRM) en die van het bijzonder onderwijs in artikel 23 Grondwet. Wanneer de godsdienstvrijheid zou worden geschrapt en zou worden vervangen door de genoemde rechten is het de vraag of deze rechten een zelfde mate van bescherming zouden bieden. Mogelijk dat de inrichting van kerkgenootschappen en van bijzondere scholen wel zou worden beschermd (door de verenigingsvrijheid) maar waarschijnlijk ziet die bescherming dan niet in het bijzonder op organisatorische aspecten die betrekking hebben op de vraag wat godsdienst(ig) is. Dit betekent concreet dat deze religieuze col-

42 Scharffs 2017; Groen 2012; Van der Wal, *R&R* 2010/39.

43 De Beer 2007; De Beer 2008; De Winter, *NJB* 1996, p. 1-8; Leiter 2008; Wijnberg 2010; Schutgens, *TvCR* 2012-1.

44 Witte 2006, p. 102.

45 Groen 2012, p. 6.

lectieven zullen worden behandeld als anderen verenigingen en zich om die reden niet op hun godsdienstige grondslag kunnen beroepen. Uitzonderingen op het gebied van gelijke behandeling (bijvoorbeeld bij de selectie van personeel of in het geval van een school van leerlingen) en ten aanzien van het arbeidsrecht (bijvoorbeeld de betrekking van een voorganger met zijn gemeente) zullen dan waarschijnlijk niet meer worden beschermd.

Naast deze rechten zijn er bij een vervanging van de godsdienstvrijheid door bovengenoemde grondrechten mogelijk ook andere religieuze uitingen of gedragingen die niet meer of minder worden beschermd. Bijvoorbeeld de kerkenvrijstelling voor onroerendezaakbelasting omdat het betreffende gebouw wordt gebruikt voor de eredienst. De vrijheid van vergadering zal waarschijnlijk dit recht niet verbinden aan de eredienst. Ook kan men denken aan religieuze bezwaren zoals die van ouders tegen de richting van de in de buurt gelegen scholen (en daarom thuisonderwijs willen geven) en aan uitingen en gedragingen waarbij nu een direct beroep wordt gedaan op de godsdienstvrijheid zoals weigeringen van individuen (bijvoorbeeld om niet willen werken op zondag, denk ook aan winkeliers), verzoeken om vrijstellingen, uitzonderingen op geboden (zoals de uitzondering voor joden en moslims om bedwelmd te slachten), etc.⁴⁶ De vrijheid van meningsuiting zal dergelijke uitingen en gedragingen in veel gevallen waarschijnlijk niet beschermen.⁴⁷

Hoewel de betreffende auteurs dus een punt hebben wanneer ze vrezen dat de godsdienstvrijheid minder wordt wanneer deze wordt vervangen door de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en vrijheid van vereniging is de stellingname dat de subjectivering van het begrip godsdienst een reden is om de godsdienstvrijheid te laten opgaan in de genoemde grondrechten niet per se juist. Men zou namelijk ook andersom kunnen redeneren en stellen dat een subjectivering van het godsdienstbegrip een extra bestaansreden vormt van de godsdienstvrijheid. Immers, een subjectief godsdienstbegrip kan meer omvatten dan uitingen en gedragingen die vallen binnen de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vrijheid van vergadering. Een objectivering van het begrip godsdienst zou daarentegen juist in de kaart kunnen spelen van degenen die godsdienstvrijheid willen afschaffen. Veel traditionele godsdienstige uitingen en gedragingen kunnen immers (waarschijnlijke in mindere mate) ook door de vrijheid van meningsuiting (bijvoorbeeld evangeliseren), vrijheid van vergadering (het houden van een eredienst, catechisatie) en vrijheid van vereniging (de oprichting van een kerkgenootschap of religieuze school) worden beschermd.

⁴⁶ Zie ook Vermeulen 2008, p. 21.

⁴⁷ Mogelijk dat uitingen en gedragingen zoals het dragen van een hoofddoek of andere religieuze kledij wel beschermd worden door de vrijheid van meningsuiting. Wel zal het religieuze motief dan moeten worden uitgelegd als een mening.

Met een expliciete keuze voor een subjectief godsdienstbegrip onderscheidt de godsdienstvrijheid zich sterker van de grondrechtsobjecten van andere grondrechten. Dit zou aansluiten bij het toch al meer objectieve karakter van grondrechtsobjecten van andere grondrechten. Denk bijvoorbeeld aan het recht op vrijheid van vergadering en betoging, het recht op vrijheid van vereniging, het recht op bescherming van de lichamelijke integriteit, het recht op bescherming van het briefgeheim en het recht op eigendom. Hoewel bij deze rechten de opvattingen van het rechtssubject ook een rol kunnen spelen is het object van deze rechten beter af te bakenen dan die van de godsdienstvrijheid. Dat komt doordat het object van de vrijheid waar deze rechten op zien (vergadering, betoging, vereniging, menselijk lichaam, brief, eigendom, onderwijs etc.) veelal een meer tastbaar of concreet karakter heeft dan godsdienst.⁴⁸

De uitzonderingen hierop lijken de vrijheid van meningsuiting en het recht op gelijke behandeling te vormen. Maar ook die zijn beter te objectiveren dan de godsdienstvrijheid.

De vrijheid waarop het grondrechtsobject van de vrijheid van meningsuiting ziet is het hebben (verkondigen) van een mening. Hoewel de inhoud van een mening volstrekt subjectief kan zijn, is de vorm objectief namelijk een geestelijke boodschap en niet fysiek. Weliswaar kunnen meningen fysiek worden geuit maar dan valt dit fysieke niet per definitie onder de vrijheid van meningsuiting (denk aan de verspreidingsjurisprudentie⁴⁹). De vrijheid waar het grondrechtsobject van de vrijheid van godsdienst op ziet is daarentegen zowel geestelijk als fysiek. Het omvat zowel opvattingen vanwege de godsdienst als gedragingen (godsdienstoefening) vanwege de godsdienst.

Het recht op gelijke behandeling kan ook tot op zekere hoogte problemen ondervinden van subjectivering maar deze zien dan altijd op de praktische uitvoering van gelijkheid (denk aan positieve discriminatie). In beginsel is gelijkheid (1=1) een welbepaald principe. We kunnen stellen dat gelijkheid in theorie een concrete norm is. Dat kunnen we niet zeggen van godsdienst(uitoefening).

Voor een aantal rechtsobjecten van grondrechten geldt mijns inziens dat ze meer objectief van aard zijn dan die van de godsdienstvrijheid omdat ze historisch gezien tot op zekere hoogte van de godsdienstvrijheid afstammen.⁵⁰ Godsdienstvrijheid behoort tot de oudste grondrechten. Zoals eerder (hoofdstuk 1) is opgemerkt kan de godsdienstvrijheid worden gezien als een soort 'moederrecht waaruit allerlei andere (grond)rechten zijn ontsproten. Dit betreft niet alleen rechten met een religieus object maar ook rechten die meer religieus neutrale onderwerpen regelen, zoals grondrechten van de vrij-

48 Zie hierover ook 3.2.3.

49 Zie 2.2.12; ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179, m.nt. Hofman, punt 4.

50 Scharffs 2017, p. 4.

heid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en de vrijheid van vergadering.⁵¹ Uit de geschiedenis blijkt dat de vrijheid van meningsuiting in belangrijke mate het gevolg was van het beschermen van religieuze 'dissenters' en hun recht om hun religieuze opvattingen te uiten en te verdedigen.⁵² De strijd om de Bijbel in vrijheid te mogen drukken had een grote invloed op het ontstaan van de voorloper van de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van drukpers.⁵³ De vrijheid van vergadering en de vrijheid van vereniging zijn historisch gezien rechten die een belangrijke impuls hebben gekregen door het verlangen van niet erkende religieuze minderheden om net als de gevestigde religies met elkaar samen te komen (tot aanbidding van hun God) en zich te verenigen.⁵⁴

Dat bovengenoemde meer concrete rechten in belangrijke mate van de godsdienstvrijheid afstammen heeft niet erin geresulteerd dat de godsdienstvrijheid een lege huls is geworden. Dit komt doordat deze van de godsdienstvrijheid afstammende grondrechten gedurende de geschiedenis vooral betrekking hebben gekregen op seculiere onderwerpen. De religieuze variant van deze onderwerpen is grotendeels onder de vleugels van de godsdienstvrijheid gebleven. Dus het uiten van religieuze opvattingen (evangeliseren) het houden van erediensten en het recht op vorming van kerkgenootschappen bleven bestaan onder de paraplu van de godsdienstvrijheid terwijl het uiten van seculiere opvattingen (vrijheid van meningsuiting), het houden van (seculiere) vergaderingen (vrijheid van vergadering) en het vormen van verenigingen (vrijheid van vereniging) werden ondergebracht in andere grondrechten.⁵⁵ We kunnen de religieuze equivalenten van de rechtsobjecten van de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en vrijheid van

51 M.D. Evans 2010; Scharffs 2017, p. 3.

52 Van Eijnatten 2011, p. 20 ('During this phase [the 16th century], freedom of expression was treated primarily as an aspect of a wider issue, that of religious toleration').

53 Bouwman 1934, p. 589.

54 Zie Leenknecht 2015. Hij stelt: 'Van 1810 tot 1848 werd het verenigingsrecht beheerst door de artikelen 291 e.v. van de Napoleontische Code Pénal. Daarin was een toestemmingsvereiste opgenomen voor het oprichten en het laten functioneren van verenigingen van meer dan twintig personen. Aan deze toestemming kon de regering naar believen voorwaarden verbinden. De tamelijk willekeurige toepassing ervan, onder meer op religieuze bewegingen (zoals de "Afgescheidenen", een groepering die zich in 1834 had losgemaakt van de Nederlandse Hervormde Kerk), werd door de opstellers van de Grondwet van 1848 aangegrepen om voor te stellen het grondrecht tot vereniging daarin op te nemen.' Leenknecht verwijst naar Eskes 1988, p. 21. Zie voor Amerikaans/Engels perspectief: Scharffs 2017, p. 4.

55 Overigens kunnen deze grondrechten ook prima samen worden ingeroepen. Er is dan sprake van een samenloop van grondrechten. Zie hierover 2.3.

vereniging omschrijven als objectieve onderdelen van de godsdienstuitoefening.⁵⁶

De godsdienstvrijheid zou volgens mij niet beperkt moeten blijven tot deze objectieve onderdelen maar juist moeten worden gekenmerkt door een zekere openheid. De objectieve onderdelen van de godsdienstvrijheid moeten we in hun tijdsgebonden en culturele context zien. Destijds waren dat de gangbare vormen waarin de christelijke godsdienst zich in de samenleving openbaarde. Dit kunnen vandaag de dag en ook in de toekomst andere vormen zijn, door de komst van nieuwe godsdiensten vanwege migratie, door nieuwe interpretaties van bestaande (christelijke) religieuze bronnen en door het ontstaan van nieuwe godsdiensten. Om die reden mag de godsdienstvrijheid geen recht zijn met een statische inhoud. De eigenheid van een recht met een religieus rechtsobject is zijn identiteitsgebonden (en daarmee subjectieve) karakter. Godsdienstuitoefening kan afhankelijk van de godsdienstige opvattingen van het rechtssubject betrekking hebben op allerlei op het eerste gezicht seculiere onderwerpen (bijvoorbeeld het eten van brood en het drinken van wijn).⁵⁷ Een meer subjectief godsdienstbegrip neemt bovendien de behoefte weg, zoals die door sommige hedendaagse liberale denkers naar voren is gebracht, om het recht op de vrijheid van godsdienst te vervangen door een meer algemeen basisrecht op ethische onafhankelijkheid (zie 21.2.5). Uitingen en gedragingen die voortvloeien uit existentiële overwegingen (uit morele, spirituele of religieuze keuzes) en die niet beschermd worden door de overige grondrechten kunnen dan immers ook 'gedekt' worden door de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging.

Hoewel op grond van het bovenstaande de subjectivering van het godsdienstbegrip juist geen reden is om de godsdienstvrijheid te schrappen, levert dit wel een andere moeilijkheid op, namelijk de hanteerbaarheid van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid. Wanneer het karakter van het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid subjectief is, is het moeilijk een onderscheid te maken tussen enerzijds het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid en het grondrechtsobject van andere grondrechten. Op zichzelf hoeft dit voor de bescherming van het rechtssubject geen probleem te zijn aangezien in het kader van samenloop van de grondrechten de grondrechtenbescherming gekenmerkt wordt door cumulatie. Bij twijfel kan de rechter zich (in het kader van het EVRM op basis van artikel 53 EVRM) op het grondrecht baseren dat *in casu* voor het rechtssubject het meeste bescherming biedt.⁵⁸ Niettemin is het niet de bedoeling om met een subjectief godsdienst-

56 Vermeulen spreekt in dit verband over het historisch verband van de godsdienstvrijheid. Die omvat 'de traditionele cultus, riten en organisatievormen en de onaantastbaarheid van het innerlijk het forum internum'. Zie 3.3.2.

57 Zie hierover 3.5 (Durkheim 1899, par. II).

58 Zie Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2014, p. 270.

begrip de overige (vrijheids-)rechten overbodig te maken opdat elke grondrechtenclaim onder de godsdienstvrijheid geschaard kan worden. Daarmee zou men voorbij gaan aan de differentiatie van de verschillende grondrechten zoals die de afgelopen eeuwen tot stand is gekomen. De differentiatie in verschillende grondrechtsobjecten en de daarop toegesneden beperkingsclausules heeft geleid tot een effectieve 'trage' en behandeling van grondrechtenclaims zonder daarbij een rangschikking van grondrechtsobjecten te beogen.⁵⁹ Vanwege de hanteerbaarheid van dit systeem moeten er enige criteria gesteld worden aan het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid om het kunnen te onderscheiden van overige grondrechtsobjecten. Daarbij komt dat een volledig subjectief godsdienstbegrip niet alleen de vraag oproept naar het verschil tussen het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid en de grondrechtsobjecten van andere grondrechten, maar ook de vraag of de claim in kwestie überhaupt als een claim op de godsdienstvrijheid kan worden uitgelegd. Een subjectief godsdienstbegrip kan niet het gevolg hebben dat het grondrechtsobject van de godsdienstvrijheid een soort laatste strohalm wordt rechtssubjecten met grondrechtenclaims die vanwege hun subjectieve karakter niet onder de reikwijdte van de overige grondrechtsobjecten kunnen worden geschaard. Dat zou afbreuk doen aan de eigenheid van dit grondrecht en op gespannen voet staan met de rechtszekerheid. Ook om die reden moeten er enige criteria worden gesteld aan het godsdienstbegrip.

De conclusie kan zijn dat er drie echte problemen zijn van een meer gesubjectieerd godsdienstbegrip: Ten eerste het niet goed kunnen onderscheiden van oprechte en onoprechte godsdienstige uitingen en gedragingen, ten tweede het beroep op vrijstellingen, privileges, rechten, et cetera door aanhangers van godsdiensten die opvattingen huldigen of gedragingen uitvoeren die in de samenleving ongewenst worden geacht vanwege bijvoorbeeld de verheerlijking van geweld en ten derde de hanteerbaarheid van rechten met een religieus object.

21.4 AANBEVELINGEN

Mijn voorstel is om bovenstaande problemen op te lossen door een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst te laten samengaan met: 1) minimale objectivering van het godsdienstbegrip, 2) een strengere oprechtheidstest, 3) het opnemen van een beperkingsclausule bij elk recht met een religieus object.

59 Zie kabinetsnota 'Grondrechten in een pluriforme samenleving', *Kamerstukken II* 2003/04, 29614, nr. 2.

21.4.1 Minimale objectivering van het godsdienstbegrip

Een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst veronderstelt dat niet door derden wordt bepaald of iets godsdienst(ig) is maar door het rechtssubject zelf. Betekent dit dan dat elke opvatting of gedraging zou moeten kunnen gelden als godsdienst(ig)? Nee. Er moeten mijns inziens een aantal minimale eisen zijn waaraan het (juridische) godsdienstbegrip dient te voldoen.⁶⁰ Deze eisen moet de rechtsorde aan het godsdienstbegrip stellen om dit begrip hanteerbaar te houden en te onderscheiden van de bescherming van andere rechtsobjecten. Deze eisen zijn in de jurisprudentie van het EHRM tot op zekere hoogte reeds uitgekristalliseerd, maar nog niet geëxpliciteerd. Het gaat om de eisen van begrijpelijkheid, samenhang, belangrijkheid en serieusheid.⁶¹ Laat ik deze eisen achtereenvolgens bespreken.

Ten eerste begrijpelijkheid.⁶² Een rechter moet voordat hij een claim toewijst kunnen begrijpen wat de inhoud van deze claim is. Het zou onwenselijk zijn wanneer hij religieuze claims toewijst waar hij geen touw aan kan vastknopen. Een religieuze claim moet een bepaalde mate van ‘dialoogbaarheid’ hebben. Met name in de sfeer van het publiekrecht heeft de rechter de taak om de materiële waarheid te onderzoeken. Hij moet dus tot op zekere hoogte inzicht kunnen krijgen in de gedachtegang van het rechtssubject.

Ten tweede de eis van samenhang. Samenhang kan men voor een deel zien in het kader van begrijpelijkheid. Claims die onsamenhangend of vaag zijn, zijn moeilijk te begrijpen. De eis van samenhang heeft echter niet alleen de functie om vage en onduidelijke godsdiensten uit te sluiten maar ook om een onderscheid te maken tussen het rechtsobject van verschillende grondrechten. Het EHRM richt het aspect van samenhang namelijk op een fundamentele kwestie of vraagstuk.⁶³ Wat het precies verstaat onder ‘fundamentele kwestie’ is niet duidelijk. In de literatuur komt men de opvatting tegen dat het daarbij moet gaan om de oorsprong, zin en doel van het bestaan.⁶⁴ Een godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging zou dan een samenhangende visie op de oorsprong, zin en doel van het bestaan veronderstellen. Een dergelijke duiding maakt zich schuldig aan een minimale mate van objectivering die is terug te voeren op de bekende grote religieuze tradities waarin altijd een visie bestaat op existentiële vragen als: hoe is het leven ontstaan, wat is de zin ervan en hoe moeten we leven? Een dergelijke objective-

60 Zie ook Vermeulen 2008, p. 19, zie hierover ook 3.3.2.

61 Zie hierover uitgebreid 2.2.4.

62 Vermeulen spreekt in dit verband over de ‘mate van communiceerbaarheid’. Zie Vermeulen 2008, p. 19.

63 EHRM 18 maart 2008 (dec.), appl. no. 14618/03 (*Blumberg v Germany*); ECRM 10 maart 1981, nr. 8741/79 (*X. v de Bondsrepubliek Duitsland*); EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v the UK*).

64 Venter 2015, p. 11; Witte 2006, p. 100-101; Sandberg 2011, p. 50.

ring is echter niet exclusief. Het is een zeer ruime definitie waardoor ook exotische of minderheids-, of zelfs individuele opvattingen als godsdienstig of levensbeschouwelijk kunnen worden gekwalificeerd. Deze objectivering lijkt zinvol omdat ze het verschil tussen 'gewone' en godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuigingen afbakent. Gewone opvattingen, dus opvattingen zonder existentieel karakter, worden beschermd door de vrijheid van meningsuiting. Ook gedragingen die als doel hebben om die opvattingen uit te dragen worden tot op zekere hoogte beschermd door de vrijheid van meningsuiting. Daarnaast worden gewone, niet-religieuze of levensbeschouwelijke bijeenkomsten beschermd door de vrijheid van vergadering. Als demarcatie criterium voor het onderscheid tussen het rechtsobject van de godsdienstvrijheid en de overige fundamentele rechten zou de eis uit de EHRM-jurisprudentie dat een godsdienstige of levensbeschouwelijke opvatting een samenhangende visie op een fundamenteel probleem veronderstelt daarom in wetgeving of jurisprudentie moeten worden geëxpliciteerd als een samenhangende visie op de oorsprong, zin en doel van het bestaan.

Ten derde de eis van belangrijkheid. Men kan niet van een rechter verlangen dat hij rechten toekent aan een opvatting of gedraging waarvan hij de indruk krijgt dat het rechtssubject deze eigenlijk niet zo belangrijk vindt. Een algemeen uitgangspunt in het recht is dat men zonder belang geen rechtsvordering heeft.

Ten vierde de eis van serieusheid. Deze eis hangt samen met de vorige eis. Een rechter kan geen rechten toekennen aan een opvatting waarvan vaststaat dat die als grap is bedoeld.⁶⁵ Wat dat betreft is de benadering van de Rechtbank Oost-Brabant in de zaak van het vliegend spaghettimonster goed te verdedigen. Zij analyseerde de ontstaansgeschiedenis van het pastafarisme en kwam vervolgens tot de conclusie dat het hier om een parodie van godsdienst ging. Daarmee impliceerde ze dat de oprichter(s) van het pastafarisme onoprecht zijn. Overigens ging de rechter niet in op de vraag of betreffende aanhangers in deze zaak oprecht geloofden in een vliegend spaghettimonster. Dat valt niet uit te sluiten. Men kan oprecht een godsdienst of levensbeschouwing aanhangen die niet serieus is bedoeld. Wat dat betreft zou de

65 Overigens is er wel een verschil tussen een godsdienst waarvan vaststaat dat die als grap is bedoeld en een godsdienst waarvan de waarheidsclaim door het brede publiek door zijn wijze van ontstaan onwaarschijnlijk of ridicuul wordt gevonden. Ondanks het 'ongeloofwaardige' karakter van het ontstaan van een dergelijke godsdienst kan de 'oprichter' (of 'oprichters') hierin wel oprecht zijn (geweest). Zo ver ik heb kunnen nagaan is bijvoorbeeld niet vast komen te staan dat de oprichter van de Scientology-kerk, L. Ron Hubbard, zijn 'godsdienst' niet serieus heeft bedoeld. Mocht echter uit geschriften ten tijde van het ontstaan van deze beweging onomstotelijk blijken dat hij een ordinaire oplichter was (bijvoorbeeld vanuit een winsttoegmerk) die niet in zijn eigen verhaal geloofde, dan is er denk ik veel voor te zeggen dat de rechtsorde de Scientology-kerk niet (meer) kwalificeert als een godsdienst.

rechtsorde in die gevallen de justitiabele nog wel eens het voordeel van de twijfel kunnen geven, al lijkt het op voorhand weinig waarschijnlijk dat iemand een godsdienst aanhangt waarvan evident is dat hij oorspronkelijk als grap is bedoeld. Het is in algemene zin goed te rechtvaardigen dat de rechtsorde geen rechten verbindt aan godsdiensten of levensbeschouwingen waarvan vaststaat dat ze oorspronkelijk niet serieus zijn bedoeld. Als ze dit wel zouden doen zou dit een aanzwengeland effect kunnen hebben met als gevaar dat fantasierijke figuren in de verleiding worden gebracht om de rechtsorde te 'foppen'. Onoprecht gedrag zou daarmee worden beloond. Deze eis beoogt misbruik van recht te voorkomen.

Overigens overwoog de Rechtbank Oost-Brabant dat satire niet zonder meer uitsluit dat er sprake is van godsdienst of levensovertuiging.⁶⁶ Deze overweging is mijns inziens terecht mits de satire of de humor hetzelfde doel nastreeft als religie. Dus als het gaat om een grap die als doel heeft het aansnijden van een fundamentele kwestie over de oorsprong, zin en doel van het bestaan. Het betreft dan een grap die serieus is bedoeld. Gewezen kan worden op de katholieke cabaretier Herman Finkers. Hij stelt dat humor, kunst en religie een heilige drie-eenheid zijn omdat ze zich alle drie bezig houden met de paradox van het bestaan.⁶⁷ Humor heeft bij Finkers dus net als religie de functie om het mysterie te duiden of beter te verstaan.⁶⁸ Uit de ontstaansgeschiedenis van het spaghettimonster-geloof kunnen we daarentegen opmaken dat het doel van de satire niet is gelegen in het wezen van het mysterie van het bestaan maar in het problematiseren van het juridische begrip van godsdienst (Waarom hebben aanhangers van bepaalde godsdiensten recht om hun kinderen te onderwijzen in ID?, etc.). We kunnen concluderen dat het spaghettimonster-geloof ten aanzien van het religieuze aspect als grap is bedoeld omdat haar eigenlijke doel geen religieuze maar een juridische strekking heeft.

De hierboven genoemde eisen vormen een minimale objectivering van het godsdienstbegrip die nodig is om een subjectiverende uitleg van rechten met een religieus object hanteerbaar te houden. Het rechtssubject mag binnen deze grenzen zijn godsdienst definiëren. Andere objectieve eisen aan het godsdienstbegrip sluit ik uit. Zoals de EVRM-eis dat er van godsdienstige of levensbeschouwelijke uitingen slechts sprake kan zijn indien het uitingen en gedragingen '... in a generally accepted form' betreft. Deze eis lijkt mij teveel

66 Rb. Oost-Brabant 15 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:762, r.o. 5.5.

67 Finkers stelt in het programma *Pauw & Witteman*: 'De paradox van het leven is dat als je goed nuchter om je heen kijkt, je er geen barst van snapt'. Zie Dijkstra 2015.

68 Zie ook Kierkegaard wanneer hij spreekt over de ironie. In zijn proefschrift 'Het begrip ironie' beschrijft Kierkegaard ironie als methode waarmee de mens zich bewust kan worden van de betrekkelijkheid van het bestaan. Volgens Kierkegaard breekt ironie af, relateert en deconstrueert. Hij stelt: 'Ironie is goddelijke waanzin die geen steen op de andere laat.' Kierkegaard 1995 [1841], p. 59.

de bestaande en gevestigde godsdiensten te bevoordelen terwijl ook atypische uitingen en gedragingen godsdienstig kunnen zijn. Ook de eis dat een opvatting of gedraging ‘... must be intimately linked to a religion or belief’ is problematisch. Deze eis geeft teveel ruimte aan de rechter om al dan niet aan de hand van een meerderheidsopvatting te bepalen wat telt als godsdienstig. Als de rechter heeft vastgesteld dat de leer achter de uiting of gedraging voldoet aan de bovengenoemde minimale eisen dan is dat voldoende om de volgens het rechtssubject daaruit voortvloeiende uiting of handeling als godsdienstig te kwalificeren. Anders gaat de rechter teveel voor theoloog spelen.

21.4.2 Oprechtheidstoets

Het EHRM heeft in zijn jurisprudentie de eis geformuleerd dat godsdienstige of levensbeschouwelijke denkbeelden een bepaalde mate van serieusheid of ernst moeten bezitten willen ze als godsdienstig of levensbeschouwelijk worden gekwalificeerd. Deze eis heeft een begripsmatig karakter: het fenomeen godsdienst of levensbeschouwing moet een bepaalde mate van serieusheid of ernst in zich dragen. Het eisen stellen aan het fenomeen *an sich* (aan de dogmatiek ervan) is een objectivering van het godsdienstbegrip. Strikt genomen is serieusheid of ernst een menselijke stemming. Alleen de aanhangers van een godsdienst of levensbeschouwing kunnen serieus of ernstig zijn in hun opvattingen, een ‘geloofssysteem’ op zich in wezen niet. Daarom zou ik willen voorstellen dat bij religieuze claims niet alleen wordt gekeken of de ‘godsdienst’ *an sich* serieus van aard is maar ook of het rechtssubject oprecht is in zijn claim. Men kan immers onoprecht een (serieuze) godsdienst aanhangen. Dit kan men doen om er zelf beter van te worden. Bijvoorbeeld een asielzoeker die stelt christen te zijn en om die reden is weggevlucht uit zijn land van herkomst, terwijl hij in werkelijkheid om economische redenen is weggevlucht. Het is niet wenselijk dat het recht onoprechte claims honoreert omdat daarmee in feite het recht misbruikt wordt.

Opmerkelijk is dat het EHRM juist ten aanzien van de oprechtheid van een rechtssubject in algemene zin een meer subjectiverende benadering lijkt voor te staan.⁶⁹ Zo stelt het in *S.A.S. tegen Frankrijk*:

‘(...) applicants claiming that an act falls within their freedom to manifest their religion or beliefs are not required to establish that they acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question’.⁷⁰

⁶⁹ Council of Europe 2015. Zie echr.coe.int.

⁷⁰ EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*), par. 55. Zie ook EHRM 21 september 2005, nr. 35021/05 (*Kovalkovs v Letland*), par. 57; EHRM 17 december 2013, nr. 14150/08 (*Vartic v Roemenië*), par. 46. In *Skugar e.a. v Rusland* lijkt het EHRM toch ook een wat

In het Angelsaksische debat hecht men daarentegen in toenemende mate belang aan een oprechtheidstest. Meerdere auteurs vinden dat een accommodationistische benadering waarin religieuze claims zoveel mogelijk worden geacommodeerd (subjectiverende kwalificatie) gepaard moet gaan met een ‘increased sincerity skepticism’. Helfand stelt:

‘The more considerations courts can incorporate into their sincerity analysis, the better courts can serve as gatekeepers, ensuring the overall integrity of a religious accommodations regime.’⁷¹

Hambler stelt:

‘... if there is no “doctrinal” inquiry [vanwege het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid,⁷² JV] of any kind, then sincerity of belief can be the only realistic test.’⁷³

Wanneer we in Nederland de kant op gaan van een sterk gesubjectieerd begrip van godsdienst, dan denk ik dat een strengere objectieve toets van de oprechtheid van een rechtssubject ook voor de Nederlandse rechtspraak is aan te bevelen.

Waarom het EHRM een subjectiverende benadering van de oprechtheid voorstaat motiveert het niet. Het stelt enkel dat het daarvoor niet is uitgerust. Mogelijk dat dit is ingegeven door bezorgdheid over een schending van het *forum internum*. Misschien vreest het dat het testen van de geloofwaardigheid het karakter krijgt van een kruisverhoor of erger een inquisitie. Deze vrees lijkt niet geheel ongegrond. Daarom dient de rechter zich wel terughoudend op te stellen. Een rechtssubject mag niet gedwongen worden om openheid van zaken te geven over religieuze denkbeelden.⁷⁴ De oprechtheidstoets dient betrekking te hebben op de subjectieve opvattingen van de justitiabele en daarbij niet een geobjectiveerd beeld van godsdienst als meetlat te nemen.⁷⁵

meer objectiverende benadering van de oprechtheid niet uit te sluiten: ‘This does not, nevertheless, prevent the Court from making factual findings as to whether an applicant’s religious claims are genuine and sincerely held’. Zie EHRM 3 december 2009 (ontv.), nr. 40010/04 (*Skugar e.a. v Rusland*).

71 Helfand, *U. Ill. L. Review* 2016, p. 1801; Chapman, *Washington Law Review* 2017; Levine, *Notre Dame Law Review Online* 2015, p. 26, 46.

72 In de Amerikaanse rechtspraak wordt het leerstuk de ‘Religious Question Doctrine’ genoemd. Zie hierover: Gedicks, *The George Washington Law Review* 2017, p. 94-151.

73 Hamblen, *Ecclesiastical Law Society* 2011, p. 150.

74 EHRM 21 februari 2008, nr. 19516/06 (*Alexandridis v Griekenland*), par. 38.

75 Anders zou men bijvoorbeeld een dominee die de Bijbel niet van kaft tot kaft gelooft kunnen betichten van onoprechtheid terwijl hij er wel degelijk ernstige geloofsopvattingen op na houdt.

Aan de andere kant dient het materiële waarheidsbegrip wel als uitgangspunt te gelden. De rechter dient ervan overtuigd te zijn dat een rechtssubject oprecht of onoprecht is. Bij twijfel kan hij het rechtssubject het voordeel van de twijfel geven.

In de Angelsaksische literatuur worden twee manieren onderscheiden waarop de rechter de oprechtheid van een godsdienstige overtuiging kan toetsen. Ten eerste kan de rechter in de feiten over de godsdienstoefening een belangrijk aanknopingspunt vinden. De gedachte hierachter is dat 'People are entitled to their own religious beliefs but not to their own facts'.⁷⁶ De rechter zou het rechtssubject feitelijke vragen kunnen stellen over religieuze ervaringen, het proces van bekering, de wijze van verering en de plaats waar dit gebeurt en de waarde van religie voor het rechtssubject.⁷⁷ Wanneer deze feiten kunnen worden nagegaan kan de rechter, zonder inhoudelijk in te gaan op de godsdienst zelf, oordelen over de oprechtheid van het rechtssubject.⁷⁸ In de nationale jurisprudentie zien we ten aanzien van het asielrecht dat bestuursorganen en de rechter de betrouwbaarheid van het asielrelaas beoordelen aan de hand van feitelijke vragen over religieuze ervaringen, het proces van bekering, de wijze van verering, etc. Problematisch is wel dat er dan soms een geobjectiveerd beeld van godsdienst gehanteerd wordt en men verlangt dat het rechtsobject dit beeld kan bevestigen. Een dergelijke benadering staat op gespannen voet met het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid.

Ten tweede kan de rechter een aanknopingspunt vinden in de consistentie van het gedrag van het rechtssubject. De veronderstelling is dat een aanhanger van een godsdienst in zijn uitingen en gedragingen blijf geeft van de religieuze leer die hij aanhangt. De uitingen en gedragingen van een rechtssubject moeten een zeker conformiteit hebben met de vermeende godsdienstige leer. Veronderstel een persoon die claimt een religieus bezwaar te hebben tegen het eten van broccoli, terwijl bekend is dat deze persoon elke week broccoli eet. Een rechtbank kan deze religieuze claim afdoen als onoprecht zonder in te hoeven gaan op de theologische 'waarheid' van deze claim. Hij kan dit door door aan de hand van de gedragingen van het rechtssubject te concluderen dat de religieuze claim ongeloofwaardig is.⁷⁹ Wanneer we denken aan een organisatie die stelt een kerkgenootschap te zijn en daarom belastingvoordelen wil genieten dan kan worden nagegaan of het motief van de organisatie om kerkgenootschap te zijn is ingegeven door winstbejag. Het ge-

76 Helfand, *U. Ill. L. Review* 2016, p. 1801.

77 Van Halder, *Asiel & Migratierecht* 2010, p. 477.

78 Een godsdienst of religie bestaat uiteraard bij de gratie van haar aanhangers. Het zijn de aanhangers die op- of onoprecht zijn met als gevolg dat de godsdienst oprecht of onoprecht is.

79 Adams & Barmore, *Standard Law Review Online* 2014, p. 60.

drag van een dergelijke organisatie kan onthullen of ze daadwerkelijk religieus zijn. Zijn er andere gedragingen waaruit blijkt dat de organisatie zijn religie laat prevaleren op winstbejag? Bijvoorbeeld dat een vermeende christelijke organisatie geen alcohol verkoopt, doneert aan religieuze doeleinden (en door dit gedrag minder winst maakt), etc.⁸⁰

In de nationale rechtsorde vinden we een consistentie-test terug in de jurisprudentie in het kader van de AWGB. Aan bijzondere scholen en religieuze instellingen wordt de eis gesteld dat zij wanneer onderscheid willen maken op basis van hun godsdienstige grondslag het toelatingsbeleid voldoende consistent en consequent is.⁸¹ Deze eis is zonder dat hij als zodanig wordt benoemd, in feite een oprechtheidstest van het rechtssubject, in dit geval een collectief rechtssubject. Naast deze eis komen we in de EHRM en nationale jurisprudentie een dergelijke consistentie-eis niet tegen.

Opgemerkt dient te worden dat er soms goede redenen zijn waarom het gedrag van het rechtssubject niet consistent is met zijn beweerdelijk aangehangen godsdienst. Bijvoorbeeld 1) een afwijkende interpretatie van de doctrine, 2) angst voor iets of iemand, 3) een kort geleden bepalende religieuze ervaring (bijvoorbeeld een bekering), 4) een moreel falen (in de christelijke traditie heet dit 'zondigen'), 5) veranderende religieuze inzichten. Een rechter die de consistentie van de beweerdelijk aangehangen religieuze leer of traditie met de uitingen en gedragingen van het rechtssubject toetst moet daarom altijd nagaan in hoeverre een inconsistentie te rechtvaardigen is.⁸²

21.4.3 Beperkingsclausule

Ten slotte stel ik voor om aan elk wettelijk religieus recht een beperkingsclausule toe te voegen. Die beperkingsclausule zou vergelijkbaar kunnen zijn met de beperkingsclausule van artikel 9 EVRM. Men zou ook kunnen verwijzen naar artikel 9 EVRM. Bijvoorbeeld:

Lid 2: Een beroep op (de uitzondering, vrijstelling of het recht genoemd in) lid 1 kan geweigerd worden vanwege de belangen genoemd in artikel 9 lid 2 EVRM.

Daarmee zou de beperking van de uitzondering, subsidie of het recht mogelijk worden vanwege het belang van de openbare veiligheid, openbare orde,

80 Adams & Barmore, *Standard Law Review Online* 2014, p. 59-66.

81 HR 22 januari 1988, AB 1988, 96, m.nt. FHvdB; Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2007, JA 2007, 140; NJF 2007, 389.

82 Hambler, *Ecclesiastical Law Society* 2011, p. 146-156.

gezondheid, rechten en vrijheden van anderen en de goede zeden.⁸³ Uiteraard moet dit niet leiden tot een uitholling van de godsdienstvrijheid. Hier van hoeft echter geen sprake te zijn. Het EHRM hanteert immers ook een belangenafweging en er zijn geen aanwijzingen dat dit de godsdienstvrijheid uitholt.

Met een dergelijke belangenafweging kan de rechter en in het bijzonder het bestuur – indien er tenminste voldoende zwaarwegende belangen zijn – voorkomen dat godsdiensten met een niet gewenste inhoud kunnen worden uitgeoefend. Wanneer een beroep op een uitzondering, vrijstelling of recht leidt tot een resultaat dat onacceptabel is in het licht van het belang van de openbare orde, veiligheid, goede zeden of rechten van anderen dan heeft de rechter of het bestuur een instrument in handen om dit resultaat te voorkomen. Dan kan hij bijvoorbeeld een beroep op vrijstelling van de leerplicht afwijzen indien hij op grond van de salafistische bezwaren van de ouders tegen het bestaande onderwijs⁸⁴ vreest dat thuisonderwijs zal leiden tot radicalisering en daarmee een gevaar kan vormen voor de openbare orde en veiligheid. Dat neemt niet weg dat de beperkingsclausule niet in alle gevallen kan voorkomen dat aanhangers van bepaalde godsdiensten die in de publieke opinie als controversieel worden afgeschilderd, met een succes een beroep kunnen doen op een uitzondering, vrijstelling of privilege. In hoeverre er zwaarwegende belangen zijn die kunnen voorkomen dat de Scientology-kerk gebruik maakt van belastingvrijstellingen of dat een evangelische school het Bijbelse scheppingsverhaal als enig geldende theorie onderwijst, valt te bezien. Maar misschien raken we daar wel juist de kern van de godsdienstvrijheid: dat het recht tot op zekere hoogte ook religieuze opvattingen beschermt die juist alleen door een minderheid worden aangehangen.

Een in het recht met een religieus object ingebouwde belangenafweging heeft ook als voordeel dat de gevolgen van een abusievelijk erkend onoprecht beroep niet onomkeerbaar zijn. Indien de rechter twijfelt aan de oprechtheid van het rechtssubject kan hij het rechtssubject het voordeel van de twijfel geven en zijn uiting of gedraging als godsdienstig kwalificeren. Indien echter blijkt dat er andere belangen zijn die zwaarwegender zijn de godsdienstvrijheid dan kan hij die alsnog laten prevaleren boven het religieuze object van het recht waar het rechtssubject een beroep op doet. Uiteraard moeten die belangen dan wel daadwerkelijk aan de orde zijn.

De grote meerwaarde van het gebruik van een belangenafweging is dat de zelfdefinitie van het rechtssubject als uitgangspunt wordt genomen. Door de belangenafweging heeft hij immers de ruimte om onwelgevallig conse-

83 Misschien kan men ook, in plaats van een gehele beperkingsclausule op te nemen, een schakelbepaling opnemen die stelt dat de uitzondering, vrijstelling, verblijfsvergunning, privilege gelezen moet worden in samenhang met art. 9 lid 2 EVRM.

84 Zie: Gerechtshof Amsterdam 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4626.

quenties van zijn kwalificatie te matigen door middel van de beperkingsclausule. De kracht van een uitsluitend subjectiverende kwalificatie van uitingen en gedragingen als godsdienstig schuilt ook in het feit dat de rechtsorde met deze benadering genoodzaakt wordt om open en eerlijk te zijn over de redenen waarom een individu of collectief geen aanspraak maakt op godsdienstvrijheid. Het kan zich dan niet verschuilen achter verhullende argumenten over de aard van de betreffende godsdienst. Het moet daarentegen expliciet maken welke belangen indruisen tegen het belang van de godsdienstvrijheid van het rechtssubject. Deze belangen hebben geen betrekking op de godsdienstige of levensbeschouwelijke opvattingen van het rechtssubject maar betreffen de belangen van anderen of van de rechtsorde als zodanig.

Ten slotte zou de beperkingsclausule per onderwerp nader kunnen worden geconcretiseerd. Dan zou de rechter nog beter in staat zijn om zijn belangenafweging toe te snijden op het betreffende recht. Zo zou in de bepaling over de eedsaflegging kunnen worden opgenomen dat een eigen wijze van eedsaflegging geen probleem is tenzij dit de beëdiging ophoudt, verstoort of de bedoeling ervan ondergraaft. Aan de bepaling die het mogelijk maakt dat men een religieuze school opricht kan men de beperking toevoegen dat de betreffende religieuze school aan de kinderen het verschil uitlegt tussen epistemologie en de aangehangen godsdienst, oftewel dat de kennis over het weten een andere traditie (taalspel, paradigma) is dan de godsdienstige traditie. Ten aanzien van de uitzonderingsbepalingen voor de verplichting om verdoofd te slachten zou men de beperking kunnen stellen dat men alleen een beroep op deze uitzondering mag doen indien men kan aantonen dat de wijze van rituele slacht niet meer leed veroorzaakt dan, en op even nauwkeurige en verzorgde wijze plaatsvindt als de reguliere verdoofde slacht.⁸⁵

85 Overigens worden er in het recht reeds bepaalde context-specifieke eisen gesteld aan godsdienst. Zo komt men in het belastingrecht als religieuze instelling alleen in aanmerking voor een ANBI-vrijstelling indien men aantoont dat men in woord en daad voor 70% het algemeen belang dient en in de AWGB staat de eis dat een religieuze instelling of een school alleen onderscheid op godsdienst mag maken 'voor zover deze kenmerken vanwege de aard van de betrokken specifieke beroepsactiviteit of de context waarin deze wordt uitgeoefend een wezenlijk, legitiem en gerechtvaardigd beroepsvereiste vormen, gezien de grondslag van de instelling. Een zodanig onderscheid mag niet verder gaan dan passend is, gelet op de houding van goede trouw en loyaliteit aan de grondslag van de instelling die van de voor haar werkzame personen mag worden verlangd, en mag niet leiden tot onderscheid op een andere in artikel 1 genoemde grond, onverminderd artikel 2, eerste lid'.

21.5 CONCLUSIE

Alles bij elkaar genomen adviseer ik om een benadering die geassocieerd kan worden met het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme (inclusief de objectiverende benadering) op alle gebieden van het recht los te laten en over te schakelen op een combinatie van een accommodationistische en communautaristische benadering. De vraag wat godsdienst(ig) is, komt dan in sterke mate buiten de sfeer van de Staat en de samenleving als geheel (algemeen aanvaarde maatschappelijke opvattingen) te liggen. In plaats daarvan is het primair het rechtssubject dat het recht op zelfdefinitie toekomt, tenzij het een dispuut betreft tussen een religieuze gemeenschap en een vrijwillig lidmaat van een religieuze gemeenschap. In dat geval dient de zelfdefinitie van het collectief te prevaleren. Anders wordt het vormen van religieuze gemeenschappen onmogelijk.

Om te voorkomen dat een gesubjectieerd godsdienstbegrip problemen oplevert, stel ik drie oplossingen voor. Ten eerste een minimale objectivering van het juridische godsdienstbegrip waardoor de godsdienstvrijheid hanteerbaar blijft. De minimale objectivering bestaat eruit dat een godsdienstige of levensbeschouwelijke opvatting een bepaalde mate moet hebben van begripelijkheid, samenhang, belangrijkheid en serieusheid. Het aspect samenhang ziet op fundamentele levensvragen die geëxpliciteerd dienen te worden als vragen over de oorsprong, zin en doel van het bestaan. Opvattingen die geen betrekking hebben op dergelijke vragen zouden buiten het juridische begrip van godsdienst of levensovertuiging moeten vallen. Ten tweede een strikte toets van de oprechtheid van het rechtssubject. Deze toets moet niet theologisch van aard zijn maar daarentegen gericht zijn op 1) de feiten van de context waarbinnen de godsdienst wordt geoefend, 2) de conformiteit (consistentie) van het gedrag van het rechtssubject met zijn opvattingen. Ten derde het opnemen van een zelfde soort beperkingsclausule als artikel 9 EVRM heeft bij elk recht met een religieus object. Met een dergelijke beperkingsclausule heeft een kwalificatie als godsdienst(ig) niet gelijk juridische (onwenselijk geachte) consequenties. Bestuur en rechter hebben dan immers de mogelijkheid om die consequenties af te wegen tegen andere belangen zoals openbare orde, veiligheid, gezondheid en de rechten van anderen. Op deze manier kan worden voorkomen dat aanhangers van ongewenste godsdiensten een succesvol beroep doen op een recht met een religieus recht. Ook kan een beperkingsclausule in het geval dat er twijfel is over de oprechtheid van een religieuze claim, een oplossing zijn omdat de rechter dan het rechtssubject het voordeel van de twijfel kan geven en zijn opvattingen als religieus kan kwalificeren omdat hij altijd nog de mogelijkheid heeft om het gevolg van deze kwalificatie te matigen door het toepassen van de beperkingsclausule. Uiteraard moeten er dan wel daadwerkelijk zwaarwegende belangen zijn. De godsdienstvrijheid mag niet worden uitgehold vanwege het hanteren van een beperkingsclausule.

Mijn voorstel zorgt ervoor dat de zelfdefinitie van het rechtssubject in het recht een grotere rol toekomt en het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid wordt geëerbiedigd. Daarnaast voorkomt het ongelijke behandeling van aanhangers van godsdiensten.

Samenvatting

In deze dissertatie is het juridische begrip van godsdienst onder de loep genomen. Dit is ten eerste gedaan door het analyseren van de formuleringen van artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet, de vaste rechtspraak over deze grondrechtsbepalingen en het commentaar hierop in de literatuur, ten tweede door middel van een thematisch onderzoek naar onderwerpen met een religieus object.

Ten aanzien van het eerste punt kunnen we de volgende conclusies trekken. Hoewel de grondwetgever en de opstellers van het EVRM geen duidelijke definitie hebben gegeven van godsdienst, zijn er in de formuleringen van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM en de vaste jurisprudentie over deze grondrechtsobjecten een aantal aspecten te ontwaren die het godsdienstbegrip een meer objectief karakter geven. Deze aspecten kunnen worden geassocieerd met het ideaaltype van het gezindtepluralisme. Dit ideaaltype gaat uit van de algemeen liberale uitgangspunten van individuele mensenrechten en de scheiding tussen het publieke en het private domein. Daarnaast neemt het een Lockeaanse interpretatie van neutraliteit en tolerantie als uitgangspunt.

We vinden het liberale uitgangspunt van individuele rechten terug in de formuleringen van de grondrechtsobjecten van artikel 6 Grondwet en artikel 9 EVRM omdat deze grondrechtsobjecten veronderstellen dat het individu zelf de vrijheid heeft om zijn godsdienst uit te oefenen.

Het liberale uitgangspunt van het onderscheid tussen een publiek en een privaat domein komen we tegen in de formulering van artikel 6 Grondwet, de leer van het *forum internum* en *forum externum* en de kernrechtbenadering. Vanwege dit onderscheid ontstaan als het ware 'eersterangs' en 'tweederangs' vormen van godsdienstuitoefening.

In de vaste jurisprudentie over het grondrechtsobject van artikel 6 Grondwet en dat van artikel 9 EVRM treffen we een Lockeaanse interpretatie van neutraliteit. Volgens Locke zijn neutrale (alledaagse) uitingen en gedragingen per definitie geen directe expressie van godsdienst. Dit kan slechts het geval zijn indien hiervoor een onbetwifelbaar mandaat is gegeven. De vraag waar Locke geen antwoord op geeft is wanneer men weet dat een uiting of gedraging een onbetwifelbaar mandaat heeft. In feite zien we dit probleem ook terug in de jurisprudentie waar men worstelt met de vraag wanneer een uiting of gedraging een 'directe uitdrukking' is van godsdienst. Alledaagse (Locke bezigt de term 'indifferent') uitingen of gedragingen die worden ge-

reguleerd door 'neutrale' wetten worden niet erkend als uiting of gedraging van godsdienst of levensovertuiging.

Ten slotte kunnen we in de vaste jurisprudentie over artikel 9 EVRM en artikel 6 Grondwet ook een Lockeaanse interpretatie van tolerantie ontwaren. De Lockeaanse interpretatie van tolerantie komt erop neer dat deze tolerantie alleen betrekking heeft op geloof in de algemeen erkende (institutionele) godsdiensten. Tolerantie hoeft in de zienswijze van Locke niet te gelden voor individuele, singuliere geloofsopvattingen. Die opvattingen vallen derhalve niet onder de godsdienstvrijheid. Lockes interpretatie van tolerantie herkennen we in de eis die in de jurisprudentie van het EHRM wordt gesteld dat een godsdienst of levensovertuiging moet worden gekenmerkt door '... a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'. Met vage opinies of ideeën neemt het EHRM geen genoegen. Er moet sprake zijn van een identificeerbare religie of overtuiging. Lockes interpretatie van tolerantie echoot ook door in het voorbeeld dat het EHRM geeft van zaken die een directe expressie zijn van godsdienst: '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form'. Traditionele uitingen of gedragingen worden op grond van deze overweging, omdat ze immers algemeen aanvaard zijn, gemakkelijker als godsdienstig gekwalificeerd dan overige uitingen en gedragingen.

Op basis van het tweede punt – de analyse van verschillende onderwerpen met een religieus object binnen uiteenlopende rechtsgebieden (zie 1.7 voor een overzicht hiervan) – kan geconcludeerd worden dat er een uiteenlopend begrip van godsdienst in het recht wordt gehanteerd. De verschillende onderwerpen die zijn bestudeerd geven geen eenduidig beeld. Ook zien we dat het begrip van godsdienst ten aanzien van één specifiek onderwerp kan variëren. De rechter hanteert dan bijvoorbeeld een wat andere benadering dan de wetgever. De legitimaties voor de verschillende manieren waarop het begrip godsdienst wordt uitgelegd kunnen worden geassocieerd met verschillende politiek-filosofische ideaaltypen (zie 4.1 voor een overzicht hiervan). Men zou kunnen zeggen dat het juridische begrip van godsdienst als een lappendeken van verschillende politiek-filosofische perspectieven aan elkaar hangt. Dat is ook niet verwonderlijk gezien het feit dat het recht een neerslag vormt van langdurige maatschappelijke en politieke ontwikkelingen. Uiteindelijk doe ik vier constatering.

1) Er zijn een aantal onderwerpen waarbij in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen van individualisering en multiculturalisering een verschuiving plaatsvindt van een objectiverende naar een subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst. Voor deze onderwerpen geldt dat de accommodatie van religieuze pluriformiteit en de daarbij behorende subjectiverende uitleg bij de overheid weinig weerstand oproept en tot weinig praktische problemen leidt. Veelal betreffen dit onderwerpen waarbij de mogelijke (financiële)

consequenties van een meer subjectiverende uitleg voor de overheid beperkt zijn. Het gaat om de eedsaflegging in gerechtelijke procedures, de reikwijdte van de term kerkgenootschap en de strafrechtelijke bescherming van groepen tegen discriminatie.

Deze ontwikkeling kunnen we duiden als het gevolg van een meer accommodationistische benadering die aan invloed wint ten koste van een benadering die meer past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. De belangrijkste kritiek die vanuit een accommodationistisch perspectief geuit kan worden op het ideaal van het liberaal gezindtepluralisme is dat het uitgaat van bepaalde meerderheidsopvattingen over religie en de hier uit voortvloeiende uitingen en gedragingen bevoordeelt ten opzichte van minder bekende (exotische) godsdiensten en atypische godsdienstige uitingen en gedragingen. Accommodationisten vinden dat een ieder die zich beroept op godsdienst of levensbeschouwing in het recht dezelfde aanspraak moet kunnen maken op rechten (waaronder ook verstaan vrijstellingen, privileges, vrijheden, et cetera). Niet alleen de traditionele godsdiensten en levensbeschouwingen dienen te worden beschermd, maar *elke* religieuze of levensbeschouwelijke claim dient te worden gehonoreerd tenzij een beperking is gelegitimeerd op grond van dringende overwegingen van publiek belang, zoals openbare orde, veiligheid of bescherming van de rechten van anderen. Deze zienswijze sluit aan bij een subjectieve uitleg van godsdienst waarin de justitiabele bepaalt wat voor hem of haar geldt als godsdienst en wat de uitingen en gedragingen zijn die hierbij horen. Het rechtssubject is binnen deze benadering het individu. De zelfdefiniëring is leidend voor de juridische vraag wat telt als godsdienst.

2) Er zijn een aantal onderwerpen die we kunnen beschouwen als restanten van het zuilensysteem. Daarbij wordt een een collectief-subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst gehanteerd die kan worden geassocieerd met het communautaristische ideaaltype. Binnen het communautaristische perspectief wordt godsdienst gezien als meer dan enkel de private geloofsoefening. Godsdienst wordt als een fenomeen gepercipieerd dat gestalte krijgt binnen het collectief. Een bepaald collectief heeft de vrijheid om zichzelf te definiëren. Deze definitie is vervolgens bindend voor de individuen die behoren tot dat collectief. Het collectief heeft de autonomie om zelf te bepalen wat telt als godsdienstig. Het communautaristische ideaaltype heeft in Nederland invloed gehad door de katholieke sociale leer die uitging van subsidiariteitsbeginsel en de calvinistisch-protestantste leer die uitging van het beginsel van soevereiniteit in eigen kring. Deze maatschappelijke perspectieven zijn gematigd communautaristisch omdat men niet alleen uitgaat van de zelfdefinitie van het collectief maar ook van de zelfdefinitie van het individu.

De collectief-subjectieve uitleg van het begrip godsdienst in het licht van de inrichtingsvrijheid van kerken en het bijzonder onderwijs kan geassocieerd worden met het communautaristisch perspectief. De uitleg van het be-

grip godsdienst op grond van de inrichtings- en organisatievrijheid vindt ten aanzien van de kerkgenootschappen plaats op grond van artikel 2:2 BW en ten aanzien van bijzondere scholen op grond van artikel 23 Grondwet. Het EHRM leest, als het gaat om de vrijheid van godsdienst van religieuze gemeenschappen (waaronder kerken, scholen, et cetera), artikel 11 EVRM (organisatie- en inrichtingsvrijheid) in het licht van artikel 9 EVRM (en artikel 2 Protocol 1 EVRM). De fundering van de organisatie of inrichting in theologische bronnen brengt met zich dat op het oog niet-religieuze onderwerpen: de organisatie, lidmaatschap, et cetera een religieuze dimensie kunnen krijgen en daardoor kunnen tellen als een godsdienstige uiting of gedraging. Bijvoorbeeld de niet-sekseneutrale invulling van ambten binnen een kerkgenootschap of de keuze van de leermiddelen door een religieuze (bijzondere) school. Daarmee vormt de inrichtings- en organisatievrijheid van religieuze gemeenschappen een uitbreiding van de problematiek over de uitleg van het begrip godsdienst.

In hoeverre de communautaristische benadering in Nederland toekomstbestendig is, zal afhangen van de mate waarin de maatschappij blijft ondersteunen dat godsdienst een legitimatie vormt voor een vergaande autonomie van instellingen. Mogelijk dat dit gezien de wegebbende invloed van de christelijke politieke principes van 'soevereiniteit in eigen kring' en 'subsidiariteit' minder wordt. De laatste jaren lijkt deze steun in ieder geval ten aanzien van het bijzonder onderwijs af te nemen. Aan de andere kant zijn er nog steeds groepen in de samenleving die zich op deze traditionele wijze organiseren. Zolang deze groepen bestaan zullen hun rechten niet zomaar worden afgenomen en in dat geval zal ook de bij deze rechten behorende collectief-subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst blijven bestaan. Het gevolg is dat bij een botsing tussen een collectief en een individueel recht binnen een religieuze gemeenschap, er geheel tegen de tendens van een individualiserende samenleving in, door het recht aan de zelfdefinitie van de religieuze groep een groter belang wordt toegekend dan aan de zelfdefinitie van het individu.

3) Er zijn een aantal onderwerpen waarbij in lijn met de maatschappelijke ontwikkelingen van individualisering en multiculturalisering een meer subjectiverende uitleg van het begrip godsdienst gangbaarder wordt maar waarin men ten aanzien van een louter individuele (singuliere) godsdienstuitoefening nog wel een objectiverende uitleg hanteert. Dit valt te duiden als een accommodationistische benadering die niet tot het uiterste wordt gevolgd, aangezien men op sommige punten vasthoudt aan een benadering die past bij het ideaaltype van het liberaal gezindtepluralisme. De rechtsorde lijkt op het gebied van kleding en omgangsvormen, rituele slacht, de aanvraag asiel een uitsluitend singuliere wijze van godsdienstuitoefening niet te willen accommoderen. Waarschijnlijk is dat bij deze onderwerpen een volledig accommodationistische benadering onwenselijk wordt geacht wegens angst voor

misbruik van recht of voor situaties waarbij het recht onhanteerbaar zou worden. Men kan denken aan de situatie dat een individu op basis van een zelfverzonnen geloof het recht claimt om ritueel te slachten of stelt in het kader van een ontslag gediscrimineerd te worden wegens het om godsdienstige redenen dragen van een absurde 'outfit' (een vergiet?) in een functie waar representativiteit belangrijk is. Ook kan de terughoudendheid worden ingegeven vanwege het feit dat bepaalde kwesties politiek gevoelig liggen, bijvoorbeeld het verlenen van verblijfsvergunningen. Mogelijk is men bevreesd dat een benadering waarbij men de religieuze perspectieven van asielzoekers volledig accommodeert (bij het niet uitsluiten van onoprechte claims) zou kunnen leiden tot een toename van het aantal vluchtelingen.

4) Er zijn een aantal onderwerpen waarbij ondanks de maatschappelijke ontwikkelingen van individualisering en multiculturalisering een meer objectiverende uitleg van het begrip godsdienst wordt gehandhaafd. Het begrip van godsdienst kan binnen deze onderwerpen worden geassocieerd met het liberaal gezindtepluralisme. Men gaat het liefst uit van de traditionele en algemeen erkende godsdiensten. Bovendien moeten deze godsdiensten welbepaald zijn. We komen deze benadering tegen in het belastingrecht ter zake van de ANBI-regeling en de kerkenvrijstelling en in het onderwijs ter zake van de uitleg van de term richting. De nadruk op objectivering binnen deze onderdelen van het recht is mogelijk te verklaren vanuit de gedachte dat het hier gaat om rechtssubjecten die een financiële gunst verlangen van de overheid. Dat is evident voor de belastingvoordelen van kerkgenootschappen maar geldt ook voor het bestaan van het bijzonder onderwijs. Het betreft dan de regeling voor de vervoerskosten naar de dichtstbijzijnde school van de gewenste richting en de bekostiging van een nieuw te stichten school. Denkbaar is dat de staat ten aanzien van deze onderwerpen vreest dat een subjectief begrip van godsdienst tot hoge kosten zal leiden en zich daarom objectief-restrictief opstelt.

In dit proefschrift betoog ik op basis van bovenstaande conclusies dat het beter is om een benadering die geassocieerd kan worden met het ideaaltipe van het liberaal gezindtepluralisme (inclusief de objectiverende benadering) op alle gebieden van het recht los te laten en over te schakelen op een combinatie van een accommodationistische en communautaristische benadering. De vraag wat godsdienst(ig) is komt dan in sterke mate buiten de sfeer van de Staat en de samenleving als geheel (algemeen aanvaarde maatschappelijke opvattingen) te liggen. In plaats daarvan is het primair het rechtssubject aan wie het recht op zelfdefinitie toekomt, tenzij het een dispuut betreft tussen een religieuze gemeenschap en een vrijwillig lidmaat van een religieuze gemeenschap. In dat geval dient de zelfdefinitie van het collectief te prevaleren. Anders wordt het vormen van religieuze gemeenschappen onmogelijk.

Om te voorkomen dat een gesubjectieerd godsdienstbegrip problemen oplevert, stel ik drie oplossingen voor. Ten eerste een minimale objectivering van het juridische godsdienstbegrip waardoor de godsdienstvrijheid hanteerbaar blijft. De minimale objectivering bestaat eruit dat een godsdienstige of levensbeschouwelijke opvatting een bepaalde mate moet hebben van begrijpelijkheid, samenhang, belangrijkheid en serieusheid. Het aspect samenhang ziet op fundamentele levensvragen die geëxpliciteerd dienen te worden als vragen over de oorsprong, zin en doel van het bestaan. Opvattingen die geen betrekking hebben op dergelijke vragen zouden buiten het juridische begrip van godsdienst of levensovertuiging moeten vallen. Ten tweede een strikte toets van de oprechtheid van het rechtssubject. Deze toets moet niet theologisch van aard zijn maar daarentegen gericht zijn op 1) de feiten van de context waarbinnen de godsdienst wordt geoefend, 2) de conformiteit (consistentie) van het gedrag van het rechtssubject met zijn opvattingen. Ten derde het opnemen van een zelfde soort beperkingsclausule als artikel 9 EVRM heeft bij elk recht met een religieus object. Met een dergelijke beperkingsclausule heeft een kwalificatie als godsdienst(ig) niet gelijk juridische (onwenselijk gemaakte) consequenties. Bestuur en rechter hebben dan immers de mogelijkheid om die consequenties af te wegen tegen andere belangen zoals openbare orde, veiligheid, gezondheid en de rechten van anderen. Op deze manier kan worden voorkomen dat aanhangers van ongewenste godsdiensten een succesvol beroep doen op een recht met een religieus recht. Ook kan een beperkingsclausule in het geval dat er twijfel is over de oprechtheid van een religieuze claim, een oplossing zijn omdat de rechter dan het rechtssubject het voordeel van de twijfel kan geven en zijn opvattingen als religieus kan kwalificeren omdat hij altijd nog de mogelijkheid heeft om het gevolg van deze kwalificatie te matigen door het toepassen van de beperkingsclausule. Uiteraard moeten er dan wel daadwerkelijk zwaarwegende belangen zijn. De godsdienstvrijheid mag niet worden uitgehold vanwege het hanteren van een beperkingsclausule.

Mijn voorstel zorgt ervoor dat de zelfdefinitie van het rechtssubject in het recht een grotere rol toekomt en het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid wordt geëerbiedigd. Daarnaast voorkomt het ongelijke behandeling van aanhangers van godsdiensten.

Summary

In this dissertation the legal concept of religion has been researched. Firstly, this has been done by researching the phrasing of article 9 of the European Convention on Human Rights (ECHR) and article 6 of the Dutch Constitution, the settled case law on these fundamental rights provisions and comments on the subject in literature, secondly on the basis of a thematic research into subjects with a religious objective.

With regard to the first point it can be concluded that, although the legislator and the authors of the ECHR have not provided a clear definition of religion, there are a number of aspects to be identified in the formulations of article 6 of the Dutch Constitution and article 9 of the ECHR and the settled case law on these fundamental rights provisions that provide a more objective character of the religious concept and can be associated with the ideal type of denomination pluralism. This ideal type proceeds on the general liberal principles of individual human rights and the separation of the public and private domain.

In addition to this, it takes a Lockean interpretation of neutrality and tolerance as a starting point.

The liberal starting point of individual rights can be seen in the phrasing of the fundamental rights provisions of article 6 of the Dutch Constitution and article 9 ECHR because these fundamental rights objects assume that the individual itself has the freedom to practise his religion. The liberal starting point of a distinction between a public and a private domain can be seen in the phrasing of article 6 of the Dutch Constitution, the doctrine of the *forum internum* and *forum externum* and the core rights approach. Due to this distinction first-class and second-class forms of religious practice arise, as it were.

A Lockean interpretation of neutrality can be found in the settled case law on the fundamental rights provision of article 6 of the Dutch Constitution and that of article 9 ECHR. According to Locke all neutral (everyday) expressions and behaviours are not by definition a direct expression of religion. This can only be so when an unquestionable mandate has been issued for this reason. The question that Locke doesn't answer is when one knows whether an expression or behaviour has an unquestionable mandate. We also see this problem in case law where there is a struggle with the question when an expression or behaviour is a 'direct expression' of religion. Everyday (Locke uses the term indifferent) expressions or behaviours that are regulated by

'neutral' law cannot be recognised as an expression or behaviour of religion or belief.

Finally, we can also identify a Lockean interpretation of tolerance in the case law regarding article 9 ECHR and article 6 of the Dutch Constitution. The Lockean interpretation of tolerance essentially means that this tolerance only applies to belief in the generally recognised (institutional) religions. According to Locke, tolerance should not apply to individual, singular religious beliefs. These beliefs are therefore not covered by the freedom of religion. Lockes interpretation of tolerance can be recognised in the demand that the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) makes that a religion or belief should be characterised by '... a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance'. The ECtHR does not accept vague opinions or ideas. There must be an identifiable religion or belief. Lockes interpretation of tolerance also echoes in the example the ECtHR provides in cases that are a direct expression of religion: '(...) acts of worship or devotion forming part of the practice of a religion or a belief in a generally accepted form'. Based on this ground, traditional expressions or behaviours are, since they are generally accepted, easier qualified as religious than other expressions and behaviours.

Based on the second point, the analysis of various subjects with a religious objective within the various judicial areas (see 1.7 for an overview), it can be concluded that a varying understanding of religion is applied in law. The various subjects that have been studied don't provide a unambiguous image. We also see that the concept of religion with regard to one specific subject can vary. The judge will, for instance, have a slightly different approach than the legislator. The legitimisation for the different ways in which the concept of religion is explained can be associated with the various political and philosophical ideal types (see 4.1 for an overview). One could argue that the legal concept of religion is like a mosaic of various political and philosophical perspectives. That is not surprising given the fact that law is a reflection of prolonged social and political developments. Finally, I am making four observations.

1) There are a number of subjects in which, in line with the social developments of individualisation and multiculturalisation, there is a shift from an objectifying to a subjectifying explanation of the concept of religion. Regarding these subjects, the accommodation of religious pluriformity and the accompanying subjectifying explanation meets very little resistance from the government and leads to very few practical problems. It mostly concerns subjects in which the possible (financial) consequences of the more subjectifying explanation are limited for the government. It concerns taking an oath in legal proceedings, the scope of the term church and the criminal law protection of groups against discrimination.

This development can be interpreted as the consequence of a more accommodationist approach that is gaining influence at the expense of an approach that is more suitable to the ideal type of the liberal denomination pluralism. The main criticism that can be given to the ideal of the liberal denomination pluralism from a accommodationist perspective is that it assumes certain majority opinions on religion and favours the ensuing expressions and behaviours as compared to less known (exotic) religions and atypical religious expressions and behaviours.

Accommodationists believe that anyone who appeals to religion or ideology in law should be equally entitled to rights (including exemptions, privileges, freedoms and so on). Not just traditional religions and ideologies should be protected, but every religious or ideological claim should be honoured, unless there is a legitimate restriction on the grounds of urgent considerations of public interest, such as public order, safety or protection of the rights of others. This view corresponds with a subjective explanation of religion where the individual decides what he or she considers religion and what the associated expressions and behaviours are. The legal subject is the individual within this approach. The self-definition is guiding for the legal question what religion is.

2) There are a number of subjects that we can consider remnants of the system of compartmentalisation (*verzuiling*). In this context, a collective-subjectifying explanation of the concept of religion is applied that can be associated with the communautarist ideal type. Religion is seen as more than just the private practice of religion within the communautarist perspective. Religion is perceived as a phenomenon that is given shape within the collective. A certain collective has the freedom to define itself. This definition is then binding to all the individuals that belong to that particular collective. The collective has the autonomy to determine for itself what it believes to be religious. The communautarist ideal type has influenced the Netherlands through the Catholic social doctrine that assumed the principle of subsidiarity and the Calvinistic Protestant doctrine that assumed the principle of sovereignty amongst ourselves. These social perspectives are moderately communautarist since one doesn't only assume the self-definition of the collective but also the self-definition of the individual.

The collective-subjective explanation of the concept religion in the light of the freedom of association of churches and denominational education can be associated with the communautarist perspective. The explanation of the concept of religion on the grounds of the freedom of association and assembly is, with regard to churches, based on article 2:2 of the Dutch Civil Code and, with regard to denominational schools, based on article 23 of the Dutch Constitution. The ECtHR reads – regarding the freedom of religion of religious communities (including churches, schools and so on) – article 11 ECHR (freedom of assembly and association) in light of article 9 ECHR (and article 2

Protocol 1 ECHR). The foundation of the assembly or association in theological sources means that, at first sight, non-religious subjects: the organisation, membership and so on can be given a religious dimension and can therefore be considered a religious expression or behaviour. For example, the non-gender neutral filling of positions within a church or the selection of teaching materials by a denominational (special) school. Consequently, the freedom of association and assembly of religious communities is an expansion of the problems regarding the explanation of the concept of religion.

To what extent the communautarist approach in the Netherlands is future-proof will be depending on the degree in which society keeps supporting the idea that religion is a legitimisation for an extensive autonomy of institutions. It is possibly declining thanks to the fading influence of the Christian political principles of 'sovereignty amongst ourselves' and 'subsidiarity'. Over the last few years such support for, at least, denominational education seems to be decreasing. On the other hand, there are still groups in society that organise in themselves in this traditional manner. As long as these groups exist, their rights will not be taken away without reason and in that case the collective-subjectifying explanation of the concept of religion that accompanies these rights will remain. When a collective and an individual right within a religious community collide, the consequence will then be that the law, against the tendency of an individualising society, will attach greater importance to the self-definition of the religious group than to the self-definition of the individual.

3) There are a number of subjects where, in line with the social developments of individualisation and multiculturalisation, a more subjectifying explanation of the concept of religion is becoming increasingly common but where, with regard to a mere individual (singular) exercise of religion, an objective explanation is still applied. This can be implied as an accommodationist approach that is not followed to the extreme, since people, on some points, insist on an approach that suits the ideal type of the liberal denomination pluralism. The legal order does not seem inclined to accommodate a solely singular way of religious practice when it concerns clothing and etiquette, ritual slaughter and applications for asylum. It is likely that a completely accommodationist approach is deemed undesirable in these subjects because of fear of misuse of law or of situations in which the law would be unmanageable. This could be the case in the situation of an individual claiming the right to ritual slaughter based on a made-up religion or, in the context of a dismissal, saying to be the victim of discrimination because of wearing an absurd outfit (a colander?) for religious reasons in a position where representativity is important. The reluctance can also be motivated by the fact that certain matters are politically sensitive, such as the granting of residence permits. One could be afraid that an approach that fully accommodates the religious perspectives of asylum

seekers (when not weeding out insincere claims) could lead to an increase in the number of refugees.

4) There are a number of subjects in which, in spite of the social developments of individualisation and multiculturalisation, a more objectifying explanation of the concept of religion is maintained. Within these subjects, the concept of religion can be associated with the liberal denomination pluralism. Ideally based on the traditional and generally recognised religions. Furthermore, these religions must be specific. We see this approach in Dutch tax law with regard to the regulation for public welfare institutions (ANBI) and the church exemption, and in education with regard to the explanation of the term orientation. The emphasis on objectification within these components of law can be explained by the idea that it concerns legal subjects that require a financial favour from the government. That is evident for the tax benefits of churches, but also for the existence of denominational education. It then concerns the arrangement for the transportation costs to the nearest school of the desired orientation and the funding of the establishment of a new school. It is conceivable that, with regard to these subjects, the government fears that a subjective concept of religion will lead to high expenses and it therefore adopts an objective-restrictive position.

In this dissertation I will demonstrate on the basis of aforementioned conclusions that it is better to abandon an approach that can be associated with the ideal type of the liberal denomination pluralism (including the objectifying approach) in all areas of law and to switch to a combination of an accommodationist and communautarist approach. The question of what religion or religious is, will then, in large part, fall outside the scope of the government and society as a whole (generally accepted social views). Instead, it will primarily be the legal subject who is entitled to the right of self-definition, unless it concerns a dispute between a religious community and a voluntary member of a religious community. In that case the self-definition of the collective should prevail. Otherwise it will become impossible to establish a religious community.

To prevent problems with a subjectified religious concept, I propose three solutions. First, a minimal objectification of the legal concept of religion that allows for a manageable freedom of religion. The minimal objectification is that a religious or ideological view should have a certain degree of comprehensibility, cohesion, significance and earnestness. The aspect of cohesion relates to fundamental life questions that should be made more explicit, such as questions relating to the origin, meaning and purpose of existence. Views that are not related to such questions should fall outside the legal concept of religion or belief. Secondly, a strict assessment of the sincerity of the legal subject. This assessment should not be theological in nature, but should be focused on 1) the facts of the context in which the religion is exercised, 2) the

conformity (consistency) of the behaviour of the legal subject in relation to his beliefs. Thirdly, incorporation of a restrictive clause identical to the one article 9 ECHR has for every right with a religious objective. With such a restrictive clause, a qualification as religion or religious does not automatically have legal (deemed unwanted) consequences. Government and law will then have the option to weigh those consequences against other interests such as public order, safety, health and the rights of others. This can prevent a successful appeal to a right with a religious right by adherents of undesired religions. A restrictive clause can also be the solution when there is doubt about the sincerity of a religious claim, because then the judge can give the legal subject the benefit of the doubt and qualify his beliefs as religious since he will always have the option to mitigate the consequences of this qualification by applying the restrictive clause. Obviously, there must actually be important interests. The freedom of religion should not be eroded due to the application of a restrictive clause.

My proposal ensures that the self-definition of the legal subject is awarded with a larger role in law and that the doctrine of interpretative restraint is respected. In addition, it prevents the unequal treatment of adherents of religions.

Literatuur

- B. Adams & C. Barmore, 'Questioning sincerity: the role of the courts after hobby lobby', *Standard Law Review Online* 2014, afl. 11, p. 60.
- M.J. Aalders, *De Wet op de kerkgenootschappen van 10 september 1853*, Zoetermeer 1998, Kerkrecht.nl (zoek op Aalders).
- B. Ackerman, *Social justice in the liberal state*, New Haven: Yale University Press 1980.
- R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: University Press 2009.
- Gemeente Amsterdam, *De Amsterdamse Ambtseed. De gerechtigheid dienen*, herziene versie augustus 2006, Amsterdam: Bureau Integriteit gemeente Amsterdam 2006.
- Commissie-Anema, *Rapport*, ontwerp van wet en memorie van toelichting met bijlage, der Koningin aangeboden door de staatscommissie voor regeling der rechtspositie van de kerkgenootschappen, ingesteld bij Koninklijk Besluit van 16 april 1921, No. 144, 's-Gravenhage: Algemeene Landsdrukkerij 1922.
- Asser-Van der Grinten 2-II, *De rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, nr. 205.
- Asser-Maeijer 2-II, *De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 209 en nr. 205.
- Asser-Scholten-Bregstein, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.
- F. Atto, 'Lautsi versus Italië: moeilijk evenwicht tussen neutraliteit en godsdienstvrijheid', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012, 11-1.
- R. Audi, 'Liberal democracy and religion in politics', in: R. Audi & N. Wolterstorff, *Religion in the public square. The place of religious convictions in political debate*, London: Rowman & Littlefield Publishers 1997, p. 1-66.
- B. Barry, *Culture & Equality*, Massachusetts: Harvard University Press Cambridge 2002.
- P.T. de Beer, 'De paradox van de godsdienstvrijheid', in: H.M.A.E. van Ooijen e.a. (red.), *Artikel 6 Gw., Godsdienstvrijheid afschaffen of beschermen?*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2008, p. 5-9.
- P.T. de Beer, 'Waarom de vrijheid van godsdienst uit de grondwet kan', *S&D* 2007/10, p. 18-24.
- L. van den Berge & R. Kindt, 'Soevereiniteit in eigen kring' (redactioneel), *AA* 2012, p. 797.
- M. Berger, 'Boerkaverbod en de terugkeer van Rousseau', *TvRRB* 2014-3, p. 77-80.

- M. Berger, 'Rechtsgronden voor een verbod op de gezichtsbedekkende sluier in Frankrijk, België en Nederland', *TvRRB* 2010-3, p. 96-106.
- I. Berlin, 'Two concepts of liberty' (1958), in: I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press 1969.
- S.C. van Bijsterveld, *Overheid en godsdienst. Herijking van een onderlinge relatie*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2017.
- S.C. van Bijsterveld & B.P. Vermeulen, *Commentaar op artikel 6 Grondwet* (versie 1 april 2013), www.nederlandrechtsstaat.nl.
- S.C. van Bijsterveld, *Burger tussen religie, staat en markt* (inaugurele rede UvT), Tilburg: Tilburg University 2011.
- S.C. van Bijsterveld, *De verhouding tussen kerk en staat in het licht van de grondrechten* (diss. UvT), Zwolle: W.E.J. Twillink 1988.
- J.M. Blanco Fernandez in Asser/Rensen 2-III*, *Overige rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- J.M. Blanco Fernandez in Asser/Rensen 2-III*, *Overige rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.
- J.M. Blanco Fernandez, 'Het statuut van kerkgenootschappen', *RMThemis* 2005, afl. 2, p. 63-71.
- J. de Blieck e.a., *Fiscale Encyclopedie De Vakstudie*. Vakstudie Lokale belastingen en milieuheffingen, art. 220d Gemw, aantek. 12.7.1, Deventer: Wolters Kluwer online.
- M. de Blois, 'Dierenrechten versus godsdienstvrijheid', in: H. Post & G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 341-364.
- D. van der Blom, *De verhouding van staat en religie in een veranderende Nederlandse samenleving* (diss. UL), Leiden: Universiteit Leiden 2016.
- D. Bonhoeffer, *Aanzetten voor een ethiek* (vert. G. den Hertog en W. Veen), Zoetermeer: Boekencentrum 2012.
- E. Bos, *Soevereiniteit en religie. Godsdienstvrijheid onder de eerste Oranjevorsten*, Hilversum: Verloren 2009.
- M.J. Bossuyt, *Guide to the 'Travaux préparatoires' of the international covenant on civil and political rights*, Dordrecht/Lancaster: Martinus Nijhoff 1987.
- M. Boudry, 'Schaf godsdienstvrijheid af, als de vrijheid je lief is', *Trouw* 24 februari 2018.
- H. Bouwman, *Gereformeerd kerkrecht II. Het recht der kerken in de praktijk*, Kampen: J.H. Kok 1934.
- Th.C. van Boven, *De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid*, Assen: Van Gorcum 1967.
- E. Brems, 'The Approach of the European Court of Human Rights to Religion', in: Thilo Marauhn (red.), *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003.

- H. Broeksteeg, 'De scheiding van kerk en staat in het licht van het EVRM', in: H. Post & G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 49-77.
- H. Broeksteeg, 'De Her(erkenning) van kerkgenootschappen: over privileges en wereldlijke taken', *NTM/NJCM-bulletin* 2014/33, p. 478-493.
- H. Broeksteeg & A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011.
- J. Brugman, 'De Alphense hoofddoekjesaffaire. Kledingvoorschriften in de islamitische wet', in: S.W.E. Rutten (red.), *Recht van de Islam*, Maastricht: RIMO 1991, p. 63-74.
- J. de Bruijn, 'Kerk en Staat – historisch. De verhouding tussen kerk in staat in Nederland (1579-2003)' in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 46-69.
- W. van der Burg, 'De rechterlijke macht en culturele en religieuze diversiteit', *NJB*, 2010, p. 2026.
- W. van der Burg, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur* (oratie EUR), Rotterdam: EUR 2009.
- T. Butter, *Asylum legal aid lawyers' professional ethics in practice* (diss. RU), Amsterdam: Eleven international publishing 2017.
- J. Calvijn, *Institutie* (deel I), (vertaald door A. Sizoo), Delft: Meinema 1931 [1536].
- CGB, *Advies inzake "Gezichtssluiers en hoofddoeken op scholen"*, 16-04-2003, CGB0-advies/2003/01, Utrecht: CGB 2003.
- N. Chapman, 'Adjudicating religious sincerity', *Washington Law Review* 2017, vol. 92, p. 1185-1254.
- P. Cliteur, 'Criteria voor juridisch te beschermen godsdienst', *NJB* 2012, 2531, p. 3090-3096.
- P. Cliteur, *Het monotheïstisch dilemma*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2010.
- P. Cliteur, *Moreel Esperanto. Naar een autonome ethiek*, Amsterdam: Uitgeverij de Arbeiderspers 2007.
- J.L. Cohen, 'Freedom of religion, Inc.: Whose Sovereignty?', in: *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2015 (44) 3, p. 165-211.
- Council of the European Union, *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion and belief*, Foreign affairs Council meeting Luxembourg, 24 June 2013, Strasbourg: Council of Europe 2013.
- P. Cumper, 'The accommodation of "uncontroversial" religious practices', in: M.L.P. Loenen & J.E. Goldschmidt (red.), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 195-210.

- P. Cumper, 'The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-faith Society in the Twenty-First Century', in: Richard O'Dair & Andrew Lewis (red.), *Law and Religion: Current Legal Issues*, Vol. 4, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 311-328.
- Ingolf U. Dalferth, 'Post-secular Society: Christianity and the Dialectics of the Secular', *Journal of the American Academy of Religion* 2010, p. 317-345.
- Ingolf U. Dalferth, 'I determine what God is'. Theology in the age of 'cafeteria religion', *Theology Today* 2000, afl. 1, p. 5-23.
- J. Derrida, *De gave van de dood*, Kampen: Klement/Pelckmans 1999.
- A.Th. van Deursen, 'Groen van Prinsterer over kerk en staat', *Radix* 24, 1998, p. 165-175, digibron.nl.
- N. Doe, *Law and Religion in Europe, A comparative introduction*, New York: University Press 2011.
- M.M. Dolman, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- J. Donner, *De vrijheid van het bijzonder wetenschappelijk onderwijs* (diss. VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.
- J. Doomen & M. van Schaik, *Blasfemie in de huidige context*, *NLJP*, vol. 44, 2015/1, p. 47-62.
- H. Dooyeweerd, *De strijd om het soevereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer* (Rectorale Rede VU), Amsterdam: Uitgeverij H.J. Paris 1950.
- H. Dooyeweerd, *De wijsbegeerte der wetsidee*. Boek I-III, Amsterdam: H.J. Paris 1935.
- W.B.H.J. van de Donk et al. (red.), *Geloven in het publieke domein. Verkenningen van een dubbele transformatie*, WRR-Verkenningen 13, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006.
- G.R.G. Driessen & I.M. Lems, 'De betekenis en oorsprong van "ons eedsgebaar", enkele penne-streken', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2011-1, p. 3-6.
- Drop/Postma, *Handboek van het Nederlandse Onderwijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
- E. Durkheim, 'De la définition des phénomènes religieux', *Année sociologique*, vol. II, 1897-1898, p. 1-28, rubrique: 'Mémoires originaux', Paris: PUF 1899.
- F.X.P. Duijnste, *Kerk en Staat in hunne wederzijdsche verhouding van kerkrechtelijk en geschiedkundig standpunt beschouwd* (deel 1), Leiden: Futura 1913.
- W.J.A.J. Duynste, *Het rechtskarakter van de vertegenwoordiging van kerkgenootschappen en kerkelijke instellingen*, 's-Gravenhage: Belifante-Schinkel 1935.
- R. Dworkin, *Religion without God*, Cambridge: Harvard University Press 2013.
- R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press 1978.
- R. Dworkin, 'Liberalism', in: S. Hampshire (red.), *Public and private morality*, Cambridge: Cambridge University Press 1978.
- C.L. Eisgruber & L.G. Sager, *Religious Freedom and the constitution*, Cambridge: Harvard University Press 2007.

- H.J. van Eikema Hommes, *Hoofdpijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*, Deventer: Kluwer 1981.
- J. van Eijnatten, 'In Praise of Moderate Enlightenment: A Taxonomy of Early Modern Arguments in Favor of Freedom of Expression', in: E. Powers (ed.), *Freedom of Speech: The history of an idea*, Plymouth: Bucknell University Press 2011, p. 35-59.
- J.A.O. Eskes, *Repressie van politieke bewegingen in Nederland* (diss. RUU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 21.
- D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- C. Evans, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2001.
- M.D. Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, Strasbourg: Council of Europe publishing 2012.
- M.D. Evans, 'Historical Analysis of Freedom of Religion or Belief as a Technique for Resolving Religious Conflict', in: W.C. Durham, T.S. Lindholm & B. Tahzib-Lie, *Facilitating freedom of religion or belief: a deskbook*, Leiden: Brill 2004.
- J. Exalto, *De multiculturele refoschool. Het reformatorisch onderwijs en de uitdaging van het pluralisme*, Biblebelt Studies 3, Apeldoorn: Labarum Academic 2017.
- M. Galenkamp, 'Religieuze overtuigingen en het discriminatieverbod. Enkele bedenkingen bij het leerstuk van interpretatieve terughoudendheid', *Trema* 2005 speciale editie, p. 251-256.
- W. Galston, 'Two concepts of liberalism', *Ethics* 105(3), 1995, p. 516-534.
- M. Gauchet, *Religie in de democratie*, Amsterdam: SUN 2006.
- F.M. Gedicks, 'Substantial' burdens: How courts may (and why they must) judge burdens on religion under RFRA', *The George Washington Law Review* 2017-1, p. 94-151.
- J. Gerards, *Artikel 14 EVRM, C1.1. Accessoir karakter*, SDU Commentaar op EVRM (online, bijgewerkt 15 juni 2015).
- J. Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*. Den Haag: SDU 2011.
- J. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar "norm met tanden"', *NJCM-Bulletin* 2004/2, p. 176-198.
- J. Gerards & J. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Den Haag: WODC 2013.
- P. de Goede, 'Religie in het publieke omroepbestel: van preken voor eigen parochie naar integratie en dialoog', *TvRRB* 2012-1, afl. 3, p. 56-64.
- K. Greenawalt, 'Religion as a Concept in Constitutional Law', *California Law Review* 1984, afl. 5, p. 753-816.

- J.R. Groen, 'Vrijheid van godsdienst: overbodige luxe, onhanteerbaar recht of een vaste grond?', Digitale publicatiereeks Recht en Overheid, Den Haag: Academie voor Wetgeving 2012.
- L.C. Groen e.a., *Juridische en grondrechtelijke aspecten van de Zondagswet* (Bijlage bij Kamerstukken II 24200 VII nr 10), Amsterdam: VU 2015.
- C. Grütters e.a. (red.), *Migratierecht*, Den Haag: BJu 2012.
- R. Guldenmond, 'De toekomst van het begrip 'richting' in de onderwijswetgeving', *TvRRB* 2015 (6)2, p. 35-55.
- T.J. Gunn, 'The complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law', *Harvard Human Rights Journal* 2003, vol. 16, p. 189-216.
- K. Haar & G. Douma, 'Bekering als asielmotief', *TvRRB* 2016-1, p. 19-26.
- J. Habermas, 'Richard Rorty's pragmatic turn', in: J. Medina & D. Wood, *Truth: Engagements Across Philosophical Traditions*, Blackwell Publishing 2005, p. 109-129.
- J. Habermas, 'Strijd om erkenning in de democratische rechtsstaat', in: A. Gutmann (red.), *Accommodationisme*, Amsterdam: Boom 1995, p. 129-171.
- J.C. Hage (red.), *Recht, vaardig en zeker*, Den Haag: Bju 2006.
- S. van Halder, 'De toetsing van de geloofwaardigheid van het bekeringsverhaal bij asielzoekers in Nederland', *Asiel & Migratierecht* 2010, nr. 9, p. 475-482.
- A. Hamblar, 'Establishing sincerity in religion and belief claims: a question of consistency', *Ecclesiastical Law Society* 2011, 13(2), p. 146-156.
- H.L.A. Hart, *The concept of law*, New York: Oxford University Press 1994.
- T. Havinga, 'De spanning tussen religieuze tolerantie en dierenbescherming', in: A. Bocker e.a., *Migratierecht en rechtssociologie, gebundeld in Kees' studies, Liber amicorum K. Groenendijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 211- 220.
- P.J.W. Vanden Heede, *Artikel 9 EVRM, C1.1. Vrij liberale interpretatie*, SDU Commentaar op EVRM (online, bijgewerkt 9 juni 2015).
- G.J.J. Heerma van Vos, 'Kapster mag hoofddoek dragen. Kantongerecht Alphen aan den Rijn, 22 maart 1994', *NJCM-bulletin* 1994 (5), p. 569-574.
- M. den Heijer, 'Discretie mag niet worden verlangd', *Asiel & Migratierecht* 2012, p. 344-346.
- M. Heimbach-Steins, *Religious freedom and the German circumcision debate*, Florence: European University Institute: Robert Schuman Centre of advanced studies 2013.
- M.A. Helfand, 'Identifying substantial burdens', *U. Ill. L. Review* 2016, afl. 1772, p. 1801.
- Mgr. J.W.M. Hendriks, *De verklaring over de godsdienstsvrijheid van het Tweede Vaticaanse Concilie*, www.tiltenberg.org, 2011, p. 1-9.
- A.C. Hendriks & A. B. Terlouw, 'Crucifixoordeel: kruistocht van of tegen het Hof?', *NTM/NJCM-Bulletin* 2010/3, p. 294-304.

- L.M.H.A.A. Hennekens, 'Art. 2:2 BW, het Vliegend Spaghettimonster en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging', *WPNR* 2016/7105, p. 331-338.
- P. van den Heuvel, 'De Hervormde Kerk niet meer presbyteriaal?', *De waarheidsvriend* 2000, Kerkrecht.nl zoek op 'literatuur'.
- W.A. Holland, *Gewetensbezwaren en strafuitsluitingsgronden*, Arnhem: Gouda Quint 1989.
- J.C. Hordijk, *De democratie van het respect. Schoolstrijd, levensbeschouwing en politiek debat* (diss. VU), Amsterdam: VU 2001.
- G. Hughes, 'The concept of dignity in the universal declaration of human rights', *The Journal of Religious Ethics* 2011, afl. 1, p. 1-24.
- P.W.A. Huisman & P.A.M. Mevis, 'Toepassing en interpretatie van de Leerplichtwet door de strafrechter', *DD* 2015/63, afl. 8.
- P.W.A. Huisman, *Richting als pluriform begrip in de onderwijswetgeving*, Den Haag: Onderwijsraad 2012.
- P.W.A. Huisman, *De samenwerkingsschool. Conflicterende convergentie* (diss. EUR), Den Haag: Elsevier 2002.
- J.B. Huizink, *Groene Serie (GS), Artikel 2 boek 2 BW*, aant. 4.3., bijgewerkt tot 01-02-2010 (geraadpleegd 1 augustus 2014).
- J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015.
- J.I. Israel, *Locke, Spinoza and the Philosophical Debate*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 1999.
- H.J.A. Jansen & M.L.M. van de Laar, 'Ontslagprocedure in het bijzonder onderwijs: De kantonrechter en de Commissie van Beroep', *School en Wet*, juni 2010, p. 8-13.
- A.L.J. Janssen & A. J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011.
- E. Janssen, *Faith in public debate* (diss. UvA), Cambridge: Intersentia 2015.
- P. Jonkers, 'Hoe zal de rechter dat oplossen? Lastige kwesties rond godsdienst', in: W.B.H.J. van de Donk e.a., *Geloven in het publieke domein*, WRR-Verkenningen 13, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010, p. 473-506.
- P. Juffermans, *Godsdienstvrijheid, gewetensvrijheid en vrijheid van denken bij John Locke en Baruch Spinoza*, in: S.van Erp (red.), *Vrijheid in verdeeldheid. Geschiedenis en actualiteit van religieuze tolerantie*, Nijmegen: Valkhof Pers 2008, weetendurf.nl.
- I. Kant, *De religie binnen de grenzen van de rede*, Amsterdam: Boom 2004 [1793].
- J.M. Kelly, *A short history of western Legal theory*, Oxford: Clarendon Press 1992.
- B.F. Keulen, 'Het strafrecht en de overtuiging', in: *Ontmoetingen: Voordrachtenreeks van het Lutje Psychiatrisch-Juridisch Gezelschap* 2006, afl. 12, p. 21-32.
- S. Kierkegaard, *Het begrip ironie*, Amsterdam: Boom 1995 [1841].
- S. Kierkegaard, *Wijsgerige kruimels*, Baarn: Ambo 1995 [1844].

- S. Kierkegaard, *Vrees en Beven*, vert. W.R. Scholtens, Baarn: Ter Have 1983 [1843].
- C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2012.
- C.A.J.M. Kortmann, 'De vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in de nieuwe Grondwet', in: M.J.J.G. Chappin e.a. (red.), *Godsdienstvrijheid: beschouwingen voor de vergadering van de rechtskundige afdeling van het Thijmgenootschap op 28 januari 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 55-67.
- B. Koolen, 'Het smalle pad van Jan Donner. De ontstaansgeschiedenis van de Lex Donner 1932', *TvRRB* 2011-1, p. 72-85.
- B. Koolen, 'Godsdienstoorlog in de raadzaal', *TvRRB* 2010-2, p. 19-31.
- T. van Kooten, *Het kerkgenootschap in de neutrale staat. Een verkenning en analyse van de positie van het kerkgenootschap binnen de Nederlandse rechtsorde* (diss. VU), Den Haag: Boom juridisch 2017.
- T. van Kooten, 'Het kerkgenootschap', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Geloofsgemeenschappen en recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 349-382.
- T. van Kooten, 'Kerk en fiscus: de zilveren koorde te nauw aangehaald?' in: H. Broeksteeg & A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Kluwer: Deventer 2011, p. 75-102.
- M.J. Kroeze in SDU-commentaar, *Burgerlijk wetboek, Boek2, artikel 2* (c kernproblematiek), Deventer: Kluwer online.
- G. Kronjee & M. Lampert, 'Leefstijlen en zingeving', in: W.B.H.J. van de Donk e.a., *Geloven in het publieke domein*, WRR-Verkenningen 13, Amsterdam: Amsterdam University Press 2010, p. 171-208.
- C. Kukathas, 'Nationalism and Multiculturalism', in: G. Gaus & C. Kukathas, *Handbook of Political theory*, London: Sage publications 2004, p. 250-264.
- A. Kuyper, *Het calvinisme*, Stone-lezingen oktober 1898, Kampen: J.H. Kok NV 1959.
- W. Kymlicka, *Contemporary political philosophy. An introduction*, Oxford: Oxford University Press 2002.
- W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford: Oxford University Press 1999.
- C. Laborde, *Liberalism's Religion*, Cambridge: Harvard University Press 2017.
- B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat? Godsdienst, overheid en civiele religie in een post-ge seculariseerde samenleving*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
- N. Landman, *Van mat tot minaret; de institutionalisering van de islam in Nederland* (diss. UU), Amsterdam: VU Uitgeverij 1992.
- G. Lautenbach, 'Recht op islamitisch thuisonderwijs', *NJB* 2011, 1702.
- L. Lavrysen, 'The scope of rights and the scope of obligations', in: E. Brems & J. Gerards, *Shaping rights in the ECHR*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 162-182.

- G. Leenknecht, 'Commentaar op artikel 8 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie2015 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).
- B. Leiter, 'Why tolerate religion?', *Constitutional Commentary* 2008, 34 pp., toegankelijk via SSRN: <http://ssrn.com>.
- L.H. van Lennep, *De rechtskracht van de verordeningen der christelijke kerkgenootschappen* (diss. RU Leiden), Haarlem: Coster 1909.
- E. Levinas, *Het gelaat van de Ander*, Amsterdam: Ambo 1987.
- S.J. Levine, 'A critique of Hobby Lobby and the Supreme Court's Hands-Off approach to religion', *Notre Dame Law Review Online* 2015, afl. 91, p. 26, 46.
- F. Levrau, 'Hebben gelovigen recht op iets anders in vergelijking met niet-gelovigen', *Knack.be*, 6 maart 2018.
- J. Locke, *Een brief over tolerantie*, Damon: Budel 2004 [1685].
- J. Locke, *A letter concerning toleration*, New York: Dover Publications 2002.
- J. Locke, *Two treatises of government* [1690], <http://www.yorku.ca>.
- D. Loose & A. de Wit (red.), *Religie in het publieke domein. Fundament en fundamentalisme*, Vught: DAMON 2007.
- N. Luhmann, *Law as a social system*, Oxford: Oxford University Press 2004 [1993].
- A.J. Machielse, 'Commentaar art. 40 Sr', aant. 1 in: Noyon/Langemeijer & Remmelink, *Wetboek van Strafrecht* (bijgewerkt tot 2 april 2013).
- W. Mander, 'Pantheism', in: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* 2013, Winter edition, zie: <http://plato.stanford.edu/entries/pantheism/>.
- J. Maritain, *Mens en Staat*, Tielt: Lannoo 1966 [1951].
- A.P.H. Meijers, 'Zelfstandige onderdelen van kerkgenootschappen mede vanuit canoniekrechtelijk perspectief', *NTKR* 2010-4, p. 51-69.
- E.M. Meijers, *Ontwerp voor een nieuw burgerlijk wetboek. Tekst, eerste gedeelte (Boek 1-4)*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij en Uitgeverijbedrijf 1954.
- P. Mendelts, *Interpretatie van grondrechten, grondrechtenclaims en verschuivingen in de reikwijdte van grondrechten* (diss. UU), Utrecht: Universiteit Utrecht 2002.
- D. Mentink, 'Scheiding van kerk en staat in het onderwijsrecht. Het aanhoudende debat over het beleid van de staat ten opzichte van het openbaar en bijzonder onderwijs', *TvRRB* 2010-3, p. 42-60.
- D. Mentink & B.P. Vermeulen, *Artikel 23 Grondwet*, Den Haag: Elsevier Overheid 2011.
- D. Mentink, B.P. Vermeulen & P.J.J. Zoontjens, *Commentaar op artikel 23 van de Grondwet*, in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017, www.Nederlandrechtsstaat.nl.
- T. Mertens, *Mens & mensenrechten*, Amsterdam: Boom 2012.

- C. Miller, 'Spiritual but not Religious. Rethinking the legal definition of Religion', *Virginia Law Review* 2016, afl. 3, p. 833-894.
- J.A. Monsma, 'De kerkenvrijstelling van de OZB ten dode opgeschreven!', *MBB* 1992/259, p. 259-262.
- J. Murdoch, *Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion*, Strasbourg: Council of Europe 2012.
- J.C. Murray S.J., 'De kwestie van de godsdienstvrijheid op het concilie', in: J.C. Murray S.J. (red.), *Problemen rond de godsdienstvrijheid*, Hilversum: Paul Brand 1965, p. 7-83.
- K. Musalo, 'Claims for protection based on religion or belief', *International Journal of Refugee Law* 2004, vol. 16, no. 2, p. 165-226.
- Nederlands Israëlitisch Kerkgenootschap, *Factsheet Joods-religieus slachten. Samenvatting*, Amsterdam: NIK 2011.
- Y. Nehushtan, 'Secular and religious conscientious exemptions: between tolerance and equality', in: P. Cane, C. Evans & Z. Robinson, *Law and religion in theoretical and historical context*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 243-267.
- A.J. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van godsdienst en de grens tussen radicale en strafbare uitlatingen', *TvRRB* 2015-3, p. 6-25.
- A.J. Nieuwenhuis e.a., *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014.
- A.J. Nieuwenhuis, 'Over schillen en sferen', in: H. Post & G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 105-124.
- A.J. Nieuwenhuis, 'Godsdienstvrijheid en bijdragen aan het maatschappelijk debat', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 154-166.
- L.A. van Noorloos, *Strafbaarstelling van belediging van geloof. Een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten*, Den Haag: WODC 2015.
- C.W. Noorlander, *Recht doen aan leerlingen en ouders* (diss. VU), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2005.
- Noyon, 'Artikel 145 Sr aant. 2', in: Noyon-Langemeijer-Rammelink, *Commentaar op het Wetboek van Strafrecht*, 4^e druk, Deventer: Kluwer 2002, p. 279.
- Noyon-Langemeijer-Rammelink, *Wetboek van Strafrecht, Commentaar artikel 147, aant. 10* (tijdvak 27 april 1988-1 januari 2000), Deventer: Kluwer 2002.
- M. Nussbaum, *De nieuwe religieuze intolerantie. Een uitweg uit de politiek van de angst*, Amsterdam: Ambo/Anthos 2013.
- M. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York: Basic Books 2008.
- F.T. Oldenhuis, 'Ruimte voor religie, maar met reflectie. Over het dempen van religieuze opvattingen in het publieke domein', in: P. van den Berg & G. Molier (red.), *In dienst van het recht: Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.G. Brouwer ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Algemene Rechtswetenschap aan de Rijksuniversiteit Groningen* (Brouwer bundel), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2017, p. 171-183.

- F.T. Oldenhuis, 'De bandbreedte van kerkgenootschappen (art. 2:2 BW) in perspectief met dwingend recht', in: R.J.C. Flach, G.T. de Jong, R. Koolhoven & F.J. Vonck (red.), *Dwingend privaatrecht op maat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 29-40.
- F.T. Oldenhuis, *Exclusiviteit en (in)tolerantie, schurende relaties tussen recht en religie* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 2008.
- F.T. Oldenhuis, 'Kerkgenootschappen en zelfstandige onderdelen', *WPNR* 5865 (1988).
- F.T. Oldenhuis, 'De positie van de 'kerkelijke stichting' onder het nieuwe Tweede Boek van het BW', *WPNR* 5486 (1979).
- Ch.J.G. Olde Kalter, 'Islamitische docente op openbare school weigert handen te geven', *Kluwer Ambtenarenrecht* 763, *TAR* 2009/190, p. 555-563.
- Onderwijsraad, *Artikel 23 Grondwet in maatschappelijk perspectief*, Den Haag: Onderwijsraad 2012.
- H. van Ooijen, *Religious symbols in public functions* (diss.UU), Antwerpen: Intersentia 2012.
- R. Ortlep, 'Toetsing aan de vrijheid van godsdienst door de bestuursrechter', *JBplus* 2013, afl. 4, p. 192-209.
- J.W. Ouwerkerk, 'Het EHRM over het Franse boerkaverbod: Gepast terughoudend of krampachtig vermijdend', *DD* 2015/7, afl. 1, p. 42-56.
- G. van Oven, 'Zo waarlijk helpe mij God almachtig', *Mr.*, Website voor Juristen, 5 augustus 2009. mr-online.nl.
- Paus Leo XIII, *Rerum Novarum*, 15 mei 1891, www.papalencyclicals.net.
- Paus Pius XI, *Quadragesimo Anno*, 15 mei 1931, www.papalencyclicals.net.
- Paus Paulus VI, *De verklaring Dignitatis Humanae, over de godsdienstvrijheid. In de plechtige zitting van het tweede Vaticaanse concilie van 7 december 1965*, Hilversum: Gooi & Sticht, 1966.
- Paus Leo XIII, *Praeclara Gratulationis Publicae*, 20 juni 1894, www.papalencyclicals.net.
- P.T. Pel, *Geestelijken in het recht* (diss. RUG), Den Haag: BJU 2013.
- E. Peñalver, 'The Concept of Religion', *The Yale Law Journal* 1997, afl. 3, p. 791-821.
- A. Peters & G. Boogaard, 'De rechter en religieuze vragen', in: A.J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout (red.), *Rechtsstaat en religie* (Staatsrechtconferentie 2008), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 89-116.
- S. Philipsen, *De vrijheid van schoolstichting. Over de reikwijdte van de vrijheid van stichting in het basis- en voortgezet onderwijs* (diss. EUR), Rotterdam: EUR 2017.
- S. Philipsen & B. Vermeulen, 'De spanning tussen subjectieve en objectieve rechtsorde', in: H. Post & G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 15-48.
- R. Pierik, 'Het EHRM en het Europese deficit : een analyse van de Lautsi-zaak', *NJB* 2012/1170, p. 1382-1389.

- T.J. van der Ploeg, 'De rechtspositie van priesters, predikanten en andere voorgangers', in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg, *Kerk en Recht*, Utrecht: Lemma 2004.
- T.J. van der Ploeg e.a., *De vrijheid van onderwijs, de ontwikkeling van een bijzonder grondrecht*, Utrecht: Lemma 2000.
- T.J. van der Ploeg, 'Past een heilig lichaam wel in een gewoon bed? De vereniging- en stichting als rechtsvorm voor geloofsgemeenschappen', *NTKR* 2010-4, p. 116-117.
- H. Post, 'Soevereiniteit in eigen kring plooit pluriforme samenleving', *TvRRB* 2011-3, p. 52-71.
- H. Post & G. van der Schyff, 'De spanning tussen de *Margin of appreciation* en de universele waarde van godsdienstvrijheid', in: H. Post & G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 79-104.
- Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Van der Pot/Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Zwolle: W. E. J. Tjeenk Willink 1983.
- H.M. van Praag, *God en psyche. De redelijkheid van het geloven*, Amsterdam: Boom 2008.
- D. Quataert, *The Ottoman empire 1700-1922*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.
- K. Raes, 'Van Juridisch Realisme tot Kritische Rechtstheorie: de Critical Legal Studies Movement in de Verenigde Staten', *NJB* 1987/25 p. 777-782.
- J. Rath (e.a.), *Nederland en zijn Islam. Een ontzuilde samenleving reageert op het ontstaan van een geloofsgemeenschap*, Amsterdam/Nijmegen: Het Spinhuis 1996.
- J. Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press 1993.
- J. Rawls, 'Justice and fairness: political not metaphysical', *Philosophy & Public Affairs* 14, 1985, p. 223-251.
- J. Rawls, *A theory of justice*, New York: Colombia University press 1971.
- Regeerakkoord VVD-CDA, *Vrijheid en verantwoordelijkheid*, 30 september 2010.
- Regeerakkoord VVD-PVDA, *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012.
- J. Remmelink, 'Het proces Luther', *AA* 2003/AA20030007.
- J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's 'Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht'*, Arnhem: Gouda Quint 1995.
- J. Remmelink & D. van Eck, 'Behoort de wetgever nadere regels van algemene of bijzondere aard te stellen betreffende het beroep op gewetensbezwaren tegen de naleving van door het strafrecht gesanctioneerde normen?', *Preadvies NJV, Hand. Ned. Juristenvereniging* 1960, I, p.3-79 en 81-154.
- J.S.L.A.W.B. Roes, "'Ons eedsgebaar", een "polyvalent en poly-interpretabel" rechtsfenomeen', *RMThemis* 2011-3, p. 87-88.

- E.J. de Roo, *Godslastering. Rechtsvergelijkende studie over blasfemie en andere religiedelicten*, Deventer: Kluwer 1970.
- R. Rorty, *Contigentie, ironie & solidariteit*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2007.
- O. Roy, *Religion in the West: The(re)construction and formatting through courts, social practices, public discourse and transnational institutions*, Florence: European University Institute: Robert Schuman Centre of advanced studies 2011.
- H.J.B. Sackers, 'Het verschoningsrecht van de geestelijke', *TBS&H* 2017/2, p. 68-75.
- H.J.B. Sackers, 'De wonderlijke geschiedenis van art. 137c Sr', in: A. Eliaen e.a. (red.), *Mag ik dit zeggen?*, Den Haag: BJu 2011, p. 309-328.
- H.J.B. Sackers, 'Art. 137c Sr, godsdienstkrenkingen en het publieke debat', *Strafblad* 2009, 7(3), p. 220-232.
- Ch. Samkalden, 'De staat van de godsdienstvrijheid. De staat vrij van godsdienst? Godsdienstvrijheid en scheiding van kerk en staat in rechtstheorie en rechtsvergelijking', *NJCM-Bulletin* 2004, p. 581-595.
- R. Sandberg, *Law and religion*, Cambridge: Cambridge University Press 2011.
- M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 1998 [1982].
- A.H. Santing-Wubs, *Kerken in geding. De burgerlijke rechter en kerkelijke geschillen*, (diss. RUG), Den Haag: BJu 2002.
- B.G. Scharffs, 'Why the religiously committed, the religious indifferent and those hostile to religion should care', 2017 *BYU Law Review* 957, p. 958-989.
- J.C. Scherff, 'Art. 220d Gemw., aant. 2.3', in: *Gemeentewet en haar toepassing*, Deventer: Kluwer online, bijgewerkt tot 29 augustus 2016.
- P. van Schie, 'Liberalen: tijd rijp voor afschaffing religieuze privileges', in: Eric Borgman e.a. (red.), *Zonder geloof geen democratie* (CDV zomer 2006), Amsterdam: Boom 2006, p. 264-270.
- J. Schokking, *Historisch-juridische schets van de Wet van den 10den september 1853, tot regeling van het toezicht op de onderscheidene kerkgenootschappen*, Leiden: Daamen 1894.
- P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- H. Schoots, 'De Grondwet van 1798', *Historisch Nieuwsblad* 7/2010.
- R.J.B. Schutgens, 'Waarom de godsdienst- en de uitingsvrijheid moeten samsmelten', *TvCR* 2012-1, p. 96-99.
- D. Swaab, *Wij zijn ons brein*, Amsterdam: Atlas Contact 2010.
- W.A.R. Shadid & P.S. van Koningsveld, 'Legal adjustments for religious minorities. The case of ritual slaughter', in: W.A.R. Shadid & P.S. van Koningsveld (eds.), *Islam in Dutch Society: Current Developments and Future Prospects*, Kampen: Kok 1992, p. 2-25.
- W.A.R. Shadid & P.S. van Koningsveld, 'Hoofddoekjes in de klas: lessen in acculturatie', *De Nederlandse Gemeente* 1985, 16, p. 275-277.

- S. Shahshahani & L.J. Liu, 'Religion and Judging on the Federal Courts of Appeals', *Journal of Empirical Legal Studies* 2017/4, p. 716-744.
- J. Sillen, 'Scheiding van kerk en staat: tussen recht en traditie', in: H. Broeksteeg & A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie*, Deventer: Kluwer 2011, p. 23-38.
- M. Schwartzman, 'What If Religion Is Not Special?', *The University of Chicago Law Review* 2012, afl. 4, p. 1351-1427.
- L.M. Sluis, 'Arbeidsrecht: Vrije keuze van kleding en uiterlijke verzorging voor werknemers?', *Ondernemersbrief* 5, 1995, p. 1-3.
- J.E. Soeharno, *De waarde van de eed* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2013.
- A. Soeteman, 'Soevereiniteit in eigen kring', *AA* 2013, p. 160-165.
- A. Soeteman, 'Over de betekenis van vrijheid van godsdienst en de scheiding van kerk/moskee en staat', *Pedagogiek* 2008-1, p. 35.
- A. Soeteman, 'De religieuze dwergwerper, Over de consequenties van een beroep op grondrechten', *R&R* 1992, p. 106.
- H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, Haarlem: Tjeenk Willink 1881.
- R. Steenvoorde & E. Hirsch Ballin, 'Een herleving van de departementen van Eredienst', in: S. van Bijsterveld & R. Steenvoorde, *200 jaar Koninkrijk: Religie, staat en samenleving*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 325-352.
- R. Steenvoorde, 'In het algemeen belang?', *TvRRB* 2011-1, p. 30-42.
- Stichting De Ark, *Gaudium et Spes, Pastorale constitutie over de kerk in de wereld van deze tijd*, Constituties en Decreten van het Tweede Vaticaans Concilie, nr. 26, 1965, Leusden: De Ark 1986.
- B. van Stokkom, H. Sackers & J. Wils, *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen. Een inventariserende studie*, Den Haag: WODC 2006.
- B. Tahzib-Lie, 'De vrijheid van godsdienst of levensovertuiging verdient haar eigen plaats in de Grondwet: een repliek op Paul de Beer', in: H.M.A.E. van Ooijen, *Godsdienstvrijheid afschaffen of beschermen?*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 2008, p. 43-58.
- C. Taylor, *Een seculiere tijd*, Rotterdam: Lemniscaat 2009.
- C. Taylor, *Bronnen van het zelf*, Rotterdam: Lemniscaat 2007.
- C. Taylor, *Multiculturalisme*, Amsterdam: Boom 1995.
- C. Taylor, 'De politiek van erkenning', in: A. Gutmann (red.), *Accommodatisme*, Amsterdam: Boom 1995.
- P.M. Taylor, *Freedom of religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge: University Press 2005.
- A. Terlouw, *Gelijkheid en diversiteit in de multiculturele samenleving*, Nijmegen: SDU 2010.
- J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kled van de staat. Beschouwingen over de tweewegenleer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

- F.H. Karim Theissen & H.M. ten Napel, 'Oprecht geloven in vrijheid. Bloemlezing van een grondrecht onder vuur', *AA/20210182*, 2012-3, p. 1859-1870.
- G. Tinder, 'Facets of Personal Dignity', in: R. Kraynak & G. Tinder (red.), *Essays for Our Times*, Notre Dame: Notre Dame University Press 2003.
- R. Uitz, *Freedom of religion*, Strasbourg: Council of Europe Publishing 2007.
- UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva: UNHCR 1979, re-edited 1992.
- Venice Commission, *Guidelines on the legal personality of religious or belief communities*, Strasbourg: OSCE 2014.
- F. Venter, *Constitutionalism and religion*, Cheltenham: EE publishing 2015.
- M. Ventura, *Law and religion issues in Strasbourg and Luxembourg. The virtues of European courts*, Florence: European University Institute: Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2011.
- A. Verbrugge, 'Zinloos' geweld', in: E. Brugmans (red.), *Rechtvaardigheid en verzoening. Over de fundamente van de moraal in een tijd van geweld*, Eindhoven: Damon 2000, p. 30-65.
- M. Verheij, 'AntiPas(foto)tafarisme. Een artikel over geloof, hoop en satire', *NJB* 2018/2, afl. 1.
- B.P. Vermeulen, 'The freedom of religion in article 9 of the European Convention on Human Rights: Historical roots and today's dilemma's', in: A. van der Beek, E. van der Borght & B.P. Vermeulen, *Freedom of Religion*, Leiden: Brill 2010, p. 7-30.
- B.P. Vermeulen, 'Waarom de vrijheid van godsdienst in de Grondwet moet blijven', *S&D* 2008, afl. 3, p. 14-26.
- B.P. Vermeulen, *Vrijheid, gelijkheid, burgerschap*, Den Haag: Sdu 2007.
- B.P. Vermeulen (red.), *Overwegingen bij een boerkaverbod. Zienswijze van de deskundigen inzake een verbod op gezichtsbedekkende kleding*, Den Haag: Justitie 2006.
- B.P. Vermeulen, *Constitutioneel onderwijsrecht*, Den Haag: Elsevier bedrijfsinformatie 1999.
- B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34.
- B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten', *NTR&R* 1992-21, p. 16-46.
- B.P. Vermeulen, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem* (diss. EUR), Arnhem: Gouda Quint BV 1989.
- B.P. Vermeulen, 'De Goerees en de kardinaal, ofwel: vrijheid van godsdienst versus discriminatieverbod', in: L. Heyde e.a. (red.), *Begrensde vrijheid (Scheltensbundel)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 258-278.

- B.P. Vermeulen & B. Aarrass, 'De reikwijdte van de vrijheid van godsdienst in een pluriforme samenleving', in: A. J. Nieuwenhuis & C.M. Zoethout, *Rechtsstaat en Religie* (Staatsrechtconferentie 2008, UvA), Nijmegen: Wolf legal publishers 2009, p. 59-87.
- B.P. Vermeulen & M. van Roosmalen, 'Chapter 13: Freedom of thought, conscience and religion (article 9)', forthcoming in: Van Dijk/van Hoof, *Theory and practice of the ECHR*, 5e ed., Antwerpen: Intersentia 2017, p. 735-764.
- B.P. Vermeulen & G.J. van de Sluis, 'Moet ik dat geloven? Discretie, continuïteitsvereiste en subjectivering in de Afdelingsjurisprudentie over godsdienst als vervolgingsgrond', in: M. Bosma, D. van Leeuwen, O. Loon (red.), *Graag nog even bespreken* (Liber amicorum Mr. H.G. Lubberdink), Den Haag: Raad van State 2016, p. 123-135.
- B.P. Vermeulen & A.J.Th. Woltjer, 'Wie en wat te geloven? Over discretie, zelf-interpretatie en vervolging wegens godsdienst en seksuele gerichtheid', in: K. Groenendijk e.a. (red.), *Issues that Matter. Mensenrechten, minderheden en migranten. Liber amicorum voor Prof. mr. R. Fernhout*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 31-43.
- C.J.N. Versteden, 'Afwijking van het "Zo waarlijk helpe mij God Almachtig" uit den boze', *Gst.* 2002, afl. 7158, p. 92-94.
- C.J.N. Versteden, 'Kwesties rond de eed', *Gst.* 2001, afl. 7150, p. 25-35.
- K.S. Vikør, *Between God and the Sultan. A History of Islamic Law*, London: C. Hurst & Co. Publishers 2005.
- A. Vleugel, 'Geloof-'waardige' godsdienst en het spaghetti-monster-geloof: wat telt (wel) als godsdienst(ig)?', *RMThemis* 2017/5, p. 228-238.
- A. Vleugel, 'Het belang van de grondwettelijke aanstellingsvrijheid van het confessionele onderwijs', in: G. van der Schyff & H. Post, *Godsdienst in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 237-256.
- A. Vleugel, 'De verhouding tussen het non-discriminatiebeginsel en de aanstellingsvrijheid van het bijzonder onderwijs bediscussieerd: een essay', *NTOR* 2012/3, p. 159-173.
- J.M. ten Voorde, 'Artikel 137c Sr, aantek. 1', in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer online (bijgewerkt tot 1 september 2015).
- J.M. ten Voorde, 'Commentaar op art. 40 Sr, aant. 3b', in: *Tekst en commentaar Strafrecht* Deventer: Kluwer online (bijgewerkt tot 1 januari 2015).
- J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel, deel III*, Deventer: Kluwer 2005.
- J. Vrielink, 'Gentse rechtbank gelooft niet in rokerskerk', *De juristenkrant* 21 november 2012, p. 1-2.
- J. de Vries, 'Tijd voor een ruimere eedspraktijk. Laat ieder de eed afleggen volgens eigen godsdienstige gezindheid', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2012-1, p. 5-20.

- K. van der Wal, 'Is de vrijheid van godsdienst in de moderne multiculturele samenleving nog een hanteerbaar recht?', *R&R* 2010/39, afl. 2, p. 133-157.
- J. Webber, 'Understanding the religion in freedom of religion', in: P. Cane, C. Evans & Z. Robinson, *Law and religion in theoretical and historical context*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 26-43.
- M. Welker, 'Theological Anthropology Versus Anthropological Reductionism', in: R.K. Soulen & L. Woodhead (red.), *God and Human Dignity*, Grand Rapids: Eerdmans Publishing Company 2006, p. 317-342.
- H. Wiersinga, 'Strafrecht en religie', *AA* 2003, afl. 7, p. 40-41.
- R. Wijnberg, *Nietzsche & Kant lezen de krant*, Amsterdam: De Bezige Bij 2010.
- R.E. de Winter, 'De vrijheid van godsdienst', in: M.B.W. Biesheuvel & C. Flinterman (red.), *De rechten van de mens*, Amsterdam: Informatief 1983, p. 23-32.
- R.E. de Winter, 'Godsdienst als alibi', *NJB* 1996, p. 1-8.
- T.A.M. Witteveen, *Overheid en nieuwe religieuze bewegingen* (diss. RUG), Groningen: s.n. 1984.
- J. Witte, *God's Joust, God's Justice – Law and religion in the western tradition*, Grand Rapids: Wm B. Eerdmans Publishing Co. 2006, p. 100-101.
- N. Wolterstorff, 'The role of religion in decision and discussion of political issues', in: R. Audi & N. Wolterstorff, *Religion in the public square. The place of religious convictions in political debate*, New York: Rowman & Littlefield publishers 1997, p. 67-120.
- World Council of Churches, *Statement on Universal Declaration of Human Rights*, 26 September, Geneva: WCC 2008.
- D. Xenos, *The positive obligations of the state under the European convention of human rights*, London: Routledge 2012.
- S.E. Zijlstra, *Vrijheid van richting in het onderwijsrecht*, Serie onderwijsrecht VU, Deventer: Kluwer 1989.
- C. Zoethout, 'Het verbod op gezichtsbedekkende kleding', *TvRRB* 2013-1, p. 87-96.
- W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van de toelating en het verblijf van vreemdelingen voor religieuze doeleinden*, Voorstudie voor de ACVZ, Den Haag: Adviescommissie voor vreemdelingenzaken 2005.
- L. Zucca, *Prince or Pariah? The place of freedom of religion in a system of international human rights*, EUI Working paper RSCAS 2013/26, Florence: European University Institute (Religio West): Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2013.

Jurisprudentieregister

EUROPESE COMMISSIE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

ECRM 12 december 1966, no. 2299/64 (*Grandrath v Germany*).
ECRM 16 mei 1977, 7050/75 (*Arrowsmith v Verenigd Koninkrijk*).
ECRM 4 oktober 1977, nr. 7291/75 (*X. v UK*).
ECRM 12 oktober 1978 (report), nr. 7050/75 (*Arrowsmith v the United Kingdom*).
ECRM 27 februari 1979, nr. 7865/77 (*Company X. v Zwitserland*).
ECRM 10 maart 1981, nr. 8741/79 (*X. v de Bondsrepubliek Duitsland*).
ECRM 12 maart 1981, nr. 8160/78 (*X. v the United Kingdom*).
ECRM 19 maart 1981, nr. 8118/77 (*Omkarananda and the Divine Light Zentrum v Switzerland*).
ECRM 15 oktober 1981, nr. 8652/79 (*X v Austria*).
ECRM 13 oktober 1982, nr. 8566/79 (*Y., Y. en Z. v het Verenigd Koninkrijk*).
ECRM 15 december 1983, nr. 10358/83 (*C. v the United Kingdom*).
ECRM 9 mei 1989, nr. 11581/85 (*Darby v Zweden*).
ECRM 29 maart 1993, nr. 19459/92 (*F.P. v Federal Republic of Germany*).
ECRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*).
ECRM 22 mei 1995, nr. 27868/95 (*Salonen v Finland*).
ECRM 3 december 1996, nr. 24949/94 (*Konttinen v Finland*).
ECRM 9 april 1997, nr. 29107/95 (*Stedman v the United Kingdom*).

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

EHRM 12 december 1966, nr. 2299/64 (*Grandrath v Germany*)
EHRM 23 juli 1968, nrs. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64 (*Belgian Linguistic case*).
EHRM 10 maart 1981, nr. 8741/79 (*X. v Germany*).
EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71; 5920/72; 5926/72 (*Kjelden, Busk Madsen and Pedersen*).
EHRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75 (*Arrowsmith v United Kingdom*).
EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times v UK*).
EHRM 5 mei 1979, nr. 7805/77 (*X en de Scientologykerk v Zweden*)
EHRM 25 februari 1982, nr. 7511/76 en 7743/76 (*Campbell and Cosans v United Kingdom*).
EHRM 3 september 1986, nr. 10491/1983 (*Angelini v Sweden*).
EHRM 18 december 1986, nr. 9697/82 (*Johnston and others v Ireland*).

- EHRM 8 september 1988, nr. 12356/86 (*Karlsson v Sweden*).
EHRM 8 april 1988, nr. 12587/86 (*Chappell v UK*).
EHRM 5 maart 1991, nr. 17439/90 (*Choudhury v the United Kingdom*).
EHRM 11 oktober 1991, nrs. 16311/90, 16312/90 en 16313/90 (*Hazar, Hazar and Acik v Turkey*).
EHRM 10 februari 1993, nr. 18187/91 (*C.W. v the United Kingdom*).
EHRM 25 mei 1993, nr. 14307/88 (*Kokkinakis v Greece*).
EHRM 20 september 1994, nr. 13470/87 (*Otto-Preminger-Institut v Austria*).
EHRM 25 februari 1995, nr. 22838/93 (*Van den Dungen v the Netherlands*).
EHRM 23 maart 1995, nr. 15318/89 (*Loizidou v Turkije*).
EHRM 26 september 1995, nr. 17851/91 (*Vogt v Duitsland*).
EHRM 15 april 1996, nr. 20471/92 (*Kustannus r.y. e.a. v Finland*).
EHRM 26 september 1996, nr. 18748/91 (*Manoussakis v Griekenland*).
EHRM 25 november 1996, NJ 1998, 359 (*Wingrove v The United Kingdom*).
EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (*Valsamis v Greece*).
EHRM 18 december 1996, nr. 24095/94 (*Efstratiou v Greece*).
EHRM 1 juli 1997, nr. 20704/92 (*Kalac v Turkey*).
EHRM 10 juli 1998, nr. 57/1997/841/1047 (*Sidiropoulos and others v the United Kingdom*).
EHRM 18 februari 1999, nr. 24645/94 (*Buscarini and Others v San Marino*).
EHRM 14 december 1999, 3817/97 (*Serif v Griekenland*).
EHRM 27 juni 2000, nr. 27 417/95 (*Cha'are Shalom Ve Tsedek v Frankrijk*).
EHRM 26 oktober 2000, nr. 30985/96 (*Hasan and Chaush v Bulgaria*).
EHRM 18 januari 2001, 41615/98 (*Zaoui v Zwitserland*).
EHRM 15 februari 2001, 42393/98 (*Dahlab v Zwitserland*).
EHRM 10 mei 2001, nr. 25781/94 (*Cyprus v Turkey*).
EHRM 2 oktober 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:1002DEC004985399 (*Pichon en Sajous v Frankrijk*).
EHRM 26 oktober 2001, AB 2001, 183 (*Hasan en Chaush v Bulgarije*).
EHRM 13 december 2001, nr. 45701/99 (*Metropolitan Church of Bessarabia and others v Moldova*).
EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02 (*Pretty v the United Kingdom*).
EHRM 12 december 2002, nrs. 1988/02, 1997/02, 1977/02 (*Sofianopoulos and Others v Greece*).
EHRM 13 februari 2003 (GK), nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 en 41344/98 (*Refah Partisi (the Welfare Party) e.a. v Turkije*).
EHRM 10 juli 2003, nr. 44179/98 (*Murphy v Ierland*).
EHRM 4 december 2003, 35071/97 (*Muslum Gunduz v Turkije*).
EHRM 29 juni 2004, AB 2004, 338 (*Leyla Sahin*).
EHRM 13 september 2005, nr. 42571/98 (*I.A. v Turkije*).
EHRM 13 september 2005, nr. 42639/04 (*Jones v Verenigd Koninkrijk*).
EHRM 21 september 2005, nr. 35021/05 (*Kovalkovs v Letland*).
EHRM (GK) 10 november 2005, NJ 2006, 170 (*Leyla Sahin*).
EHRM 24 januari 2006, nr. 26625/02 (*Köse and Others v Turkey*).

- EHRM 28 februari 2006, nr. 27034/05 (*Z en T v Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 13 april 2006, nr. 55170/00 (*Kosteski v the former Yugoslav Republic of Macedonia*).
- EHRM 29 juni 2006, nr. 76900/01 (*Öllinger v Oostenrijk*).
- EHRM 5 oktober 2006, nr. 72881/01 (*Moscow Branch of the Salvation Army v Russia*).
- EHRM 11 januari 2007, nr. 184/02 (*Kuznetsov e.a. v Rusland*).
- EHRM 12 april 2007, nr. 52435/99 (*Ivanova v Bulgaria*).
- EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02 (*Folgero and others v Norway*).
- EHRM 9 oktober 2007, nr. 1448/04 (*Hasan en Eylem Zengin v Turkije*).
- EHRM 21 februari 2008, nr. 19516/06 (*Alexandridis v Griekenland*).
- EHRM 18 maart 2008, nr. 14618/03 (*Blumberg v Germany*).
- EHRM 31 juli 2008, nr. 40825/98 (*Jehova's Getuigen v Oostenrijk*).
- EHRM 31 juli 2008, nr. 40825/98 (*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehova's v Austria*).
- EHRM 6 november 2008, nr. 58911/00 (*Leela Forderkreis e.V v Germany*).
- EHRM 4 december 2008, nr. 27058/05 (*Dogru v Frankrijk*).
- EHRM 1 oktober 2009, nr. 76836/01 en 32782/03 (*Kimlya v Rusland*).
- EHRM 3 november 2009, nr. 30814/06 (*Lautsi/ Italië*).
- EHRM 24 november 2009 (ontv.), nr. 16072/06 en 27809/08 (*Brian Leonard and Friends v het Verenigd Koninkrijk en de Countryside Alliance e.a. v het Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 3 december 2009, nr. 40010/04 (*Tamar Skougar and Others v Russia*).
- EHRM 3 december 2009, nrs. 76836/01, 32782/03 (*Kimlya and others v Russia*).
- EHRM 7 januari 2010, nr. 25965/04 (*Rantsev v Cyprus en Rusland*).
- EHRM 2 februari 2010, nr. 21924/05 (*Sinan Isik v Turkije*).
- EHRM 3 juni 2010, nr. 42837/06, 3269/07, 35793/07 en 6099/08 (*Dimitras and others v Greece*).
- EHRM 15 juni 2010, nr. 7710/02 (*Grzelak v Polen*).
- EHRM 22 november 2010, nr. 302/02 (*Jehovah's Witnesses of Moscow v Russia*).
- EHRM 9 december 2010, nr. 7798/08 (*Savez Crkava 'Riječ Života' e.a. v Kroatië*).
- EHRM (GK) 18 maart 2011, nr. 30814/06 (*Lautsi v Italy*).
- EHRM (GK) 7 juli 2011, nr. 23459/03 (*Bayatyan v Armenië*).
- EHRM 18 september 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0918DEC002289708 (*Ásatrúarfélagið v Iceland*).
- EHRM 25 september 2012, nr. 27540/05 (*Jehova's Getuigen v Oostenrijk*).
- EHRM 16 oktober 2012, nr. 2158/12 (*Schilder v Nederland*).
- EHRM 15 januari 2013, nr. 48420/10, 59842/10, 6167/10 and 36516/10 (*Eweida and Others v United Kingdom*).
- EHRM 17 december 2013, nr. 14150/08 (*Vartic v Roemenië*).
- EHRM 4 maart 2014, nr. 7552/09 (*The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v UK*).
- EHRM 8 april 2014, nr. 70945/11 (*Magyar Keresztény Mennonita Egyház and Others v Hungary*).

EHRM 6 mei 2014 nr. 28167/07 (*Fränklin-Beentjes en Ceflu-Luz da Floresta v Nederland*).

EHRM 1 juli 2014, nr. 43835/11 (*S.A.S. v Frankrijk*).

EHRM 2 december 2014, 31706/10 (*Guler v Turkije*).

EHRM 11 juli 2017, nr. 37798/13 (*Belcacemi en Oussar v België*).

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

HvJ EG 15 juli 1964, ECLI:NL:XX:1964:BE3134.

HvJ EG 5 oktober 1988, C-196/87 (*Udo Steymann v Staatssecretaris van Justitie*).

HvJEU 5 september 2012, C-71/11 en C-99/11 (*Bondsrepubliek Duitsland v Y respectievelijk Z*)

HvJEU 14 maart 2017, C-157/15.

HOGE RAAD

HR 25 mei 1910, W. 9000.

HR 29 december 1913, W. 9574.

HR 26 juni 1916, NJ 1916, 703.

HR 23 mei 1921, NJ 1921.

HR 23 mei 1938, NJ 1939, 11.

HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1.

HR 20 juni 1950, NJ 1951, 348.

HR 28 november 1950, NJ 1951, 137.

HR 15 februari 1957, NJ 1957, 201.

HR 13 april 1960, NJ 1960, 436.

HR 12 oktober 1960, ECLI:NL:HR:1960:AY1355.

HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107.

HR 13 maart 1963 BNB 1963/123, AB 1963, 610.

HR 16 januari 1968, NJ 1969, 2.

HR 2 april 1968, NJ 1968, 373.

HR 2 april 1968, NJ 1968, 373.

HR 4 november 1969, NJ 1970, 127.

HR 22 februari 1974, NJ 1977, 219,

HR 5 november 1976, NJ 1977, 221.

HR 31 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AX2630.

HR 19 februari 1980, NJ 1980, 190, 302.

HR 7 mei 1980, BNB 1980/177.

HR 30 maart 1984, AB 1984, 366.

HR 15 maart 1985, NJ 1986, 191.

HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173.

HR 16 december 1986, NJ 1987, 534.

HR 3 maart 1987, *NJ* 1988, 7.
HR 5 juni 1987, *NJ* 1988, 702.
HR 9 juni 1987, *NJ* 1988, 318.
HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/392.
HR 22 januari 1988, *AB* 1988, 96.
HR 19 april 1988, *NJ* 1989, 140.
HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 47.
HR 18 september 1989, *NJ* 1990, 291.
HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 173.
HR 4 december 1991, *BB* 1992.
HR 26 mei 1992, *NJ* 1992, 568.
HR 13 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC5717.
HR 20 oktober 1995, *NJ* 1996, 330.
HR 31 mei 1996, *NJ* 1996, 693.
HR 26 april 2000, *BNB* 2000, 243,
HR 9 juli 1999, *BNB* 1999/361.
HR 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:ZD1985.
HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 534.
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 203.
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001, 204.
HR 9 oktober 2001, *NJ* 2002, 76.
HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 61.
HR 14 januari 2003, *NJ* 2003, 261.
HR 11 februari 2003, *JOL* 2003, 90.
HR 7 november 2003, *BNB* 2004/30.
HR 9 januari 2007, *AB* 2007/181.
HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR2009:BF0655.
HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6719.
HR 15 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM6898.
HR 26 mei 2015, *NJ* 2015/278.
HR 15 februari 2011, *NJ* 2015/276.
HR 12 december 2014 ECLI:NL:HR:2014:3565.
HR 16 december 2014, *NJ* 2015/108.
HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1338.
HR 9 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1491.
HR 12 augustus 2016, *BNB* 2016/200.
HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2665.

RAAD VAN STATE

ARRvS 20 januari 1983, *AB* 1983, 389.
ARRvS 7 April 1983, *AB* 1983, 430.
Vz. ARRvS 16 februari 1989, *AB* 1990, 9.

ARRvS 18 april 1989, *AB* 1989, 546.
Vz. ARRvS 17 augustus 1990, *AB* 1991, 44.
ABRvS 7 september 1991, *AB* 1991, 329.
AGRvS 10 november 1992, *AB* 1993, 88.
AGRvS 14 juni 1993, *AB* 1993, 458.
ARRvS 16 juni 1993, *AB* 1994, 424.
ABRvS 5 januari 1996, *AB* 1996, 179.
ABRvS 6 januari 1997, *Gsv.* 1998-7073, 5.
ABRvS 11 februari 1997, *ECLI:NL:RVS:1997:AN5509*.
ABRvS 5 augustus 1997, *AB* 1998, 64.
ABRvS 15 januari 1998, *AB* 1998, 173.
ABRvS 3 december 1998, *ECLI:NL:RVS:1998:AN6386*, *AB* 2000, 291.
ABRvS 26 januari 1999, *ECLI:NL:RVS:1999:AN5984*, *AB* 1999, 235.
ABRvS 25 januari 2001, *Gsv.* 7140, 7.
ABRvS 16 januari 2002, *ECLI:NL:RVS:2001:AD8743*.
ABRvS 23 september 2003, nr. 200302654/1, *JV* 2003, 500.
ABRvS 16 april 2004, *ECLI:NL:RVS:2004:AO8679*.
ABRvS 6 april 2005, *ECLI:NL:RVS:2005:AT3263*, *AB* 2005/225
ABRvS 12 juli 2006, *ECLI:NL:RVS:2006:AY3706*.
Vz. ABRvS 1 april 2010, *AB* 2010, 240.
ABRvS 4 oktober 2010, nr. 200902318/1/V2.
ABRvS 19 januari 2011, *ECLI:NL:RVS:2011:BP2541*.
ABRvS 19 januari 2011, nr. 201006499/1/V1.
ABRvS 19 januari 2011, nr. 201006502/1/V1.
ABRvS 13 juli 2011, *ECLI:NL:RVS:2011:BR1448*.
ABRvS 23 juli 2012, nr. 201201598/1/V4.
ABRvS 15 augustus 2012, *ECLI:NL:RVS:2012:BX4694*.
ABRvS 15 augustus 2012, *ECLI:NL:RVS:2012:BX4695*.
ABRvS 24 mei 2013, *ECLI:NL:RVS:2013:CA0955*.
ABRvS 28 juli 2013, nr. 201201598/1/V4
ABRvS 6 augustus 2013, nr. 201304530/1/V2
ABRvS 21 augustus 2013, *AB* 2013/344.
ABRvS 2 april 2014, *ECLI:NL:RVS:2014:1119*
ABRvS 28 mei 2014, *ECLI:NL:RVS:2014:1883*.
ABRvS 20 juli 2015, *ECLI:NL:RVS:2015:2420*.
ABRvS 28 september 2016, *ECLI:NL:RVS:2016:2542*, *AB* 2017/79.
ABRvS 20 september 2017, *ECLI:NL:RVS:2017:2552*, *NJB* 2017/1938.

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

CRvB 4 juni 1986, *RSV* 1987,16.
CRvB 17 november 1994, *AB* 1995, 322.
CRvB 29 december 1997, *AB* 1998.

CRvB 24 februari 1998, *JABW* 1998, 72.
CRvB 21 februari 2008, *RSV* 2008, 111.
CRvB 7 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI2440.
CRvB 9 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1639.

GERECHTSHOVEN

Gerechtshof Amsterdam, 15 november 1945 *NJ* 1946, 157.
Gerechtshof 's-Gravenhage 25 oktober 1951, *NJ* 1951, 624.
Gerechtshof Amsterdam 4 april 1975, *NJ* 1977, 220.
Gerechtshof Arnhem, 21 september 1979 ECLI:NL:GHARN:1979:AX0131.
Gerechtshof Amsterdam 25 juni 1987, *AB* 1987, 411.
Gerechtshof Arnhem 29 mei 1987, *AB* 1988, 275.
Gerechtshof Leeuwarden 16 maart 1989, *NJ* 1989, 810.
Gerechtshof Arnhem 14 september 1993, rolnr. 92/142 KG (ongepubliceerd).
Gerechtshof te Amsterdam 11 januari 2002, nr. P00/1576 (ongepubliceerd).
Gerechtshof 's-Gravenhage 18 november 2002, *NJ* 2003, 24.
Gerechtshof Arnhem 14 juli 2003, *BB* 2003/970.
Gerechtshof 's-Gravenhage 19 maart 2003, *NJ* 2003, 382.
Gerechtshof 's-Gravenhage 19 mei 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF8921.
Gerechtshof Arnhem 28 september 2004, *BB* 2005/9.
Gerechtshof Amsterdam 24 juli 2007, *JA* 2007, 140.
Gerechtshof 's-Gravenhage 6 oktober 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BL0403.
Gerechtshof 's-Gravenhage 30 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM1418.
Gerechtshof Amsterdam 15 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM7410.
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 juli 2010, *NTFR* 2010/2668.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 december 2010, *NTFR* 2011/912.
Gerechtshof Amsterdam 6 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6764.
Gerechtshof Amsterdam 24 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV6888.
Gerechtshof 's-Gravenhage 10 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW1270.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1166.
Gerechtshof 's-Gravenhage 26 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ2283.
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 juni 2013, *NTFR* 2013/1380.
Gerechtshof Amsterdam 17 oktober 2013, *NTFR* 2013/2068.
Gerechtshof Amsterdam 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4626.
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1284.

RECHTBANKEN

- Rb. Dordrecht 15 januari 1934 (ongepubliceerd).
Rb. Amsterdam 20 december 1934, *NJ* 1934, p. 1713.
Rb. Haarlem 19 mei 1938 (ongepubliceerd).
Rb. Amsterdam 23 juni 1965, *NJ* 1965, 282.
Rb. Amsterdam 3 november 1966, *NJ* 1966, 450.
Ktr. Amsterdam 24 januari 1986, ECLI:NL:KTGAMS:1986:AI7583.
Pres. Rb. Arnhem 24 februari 1989, *KG* 1989, 114.
Rb. Zutphen 19 juni 1988, *JO* 1990, 1.
Pres. Rb. Groningen 27 juni 1990 *KG* 1990, 312.
Rb. Maastricht 19 september 1991, ECLI:NL:RBMAA:1991:AD1492.
Rb. Rotterdam 29 oktober 1993, *RR* 335.
Ktr. Apeldoorn 30 november 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9125.
Rb. Rotterdam 21 augustus 1995, *NJ* 1996, 211.
Pres. Rb. Dordrecht 5 maart 1996, *KG* 1996, 127.
Rb. Amsterdam 21 mei 2001, *AB* 2001, 342.
Rb. Amsterdam 2 oktober 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AB3067.
Rb. Zwolle 10 oktober 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AL8382, *FJR* 2004, 5;
Ktr. Tiel 1 september 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS6299.
Rb. Utrecht 14 april 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AT3847.
Rb. Utrecht 1 augustus 2006, *NJF* 2006, 460.
Rb. 's-Gravenhage 26 april 2007, ECLI:NL:RBSCR:2007:BA8012
Rb. Arnhem 26 april 2007, ECLI:NL:RGARN:2007:BA8012
Rb. Amsterdam (vzr.) 24 mei 2007, *AB* 2007, 306
Rb. Haarlem 30 mei 2007, nr. 05/06200, *V-N* 2008/13.5.
Rb. Utrecht 30 augustus 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB2648.
Rb. 's-Gravenhage 5 december 2007 ECLI:NL:RBSCR:2007:BC0635
Rb. Haarlem 7 december 2007, *AWB* 07/40039
Rb. Arnhem 30 januari 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BC3090.
Rb. Utrecht 12 maart 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC6352.
Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9643
Rb. Rotterdam (sectie Kanton) 2 september 2008, *JAR* 2008/265.
Rb. Haarlem 26 maart 2009, *NJFS* 2009/139.
Rb. Roermond 20 mei 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BI8824, *BB* 2009/901.
Rb. Zwolle 9 oktober 2009, *AWB* 09/30516.
Rb. Amsterdam 14 december 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6378.
Rb. Breda 12 maart 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL7280.
Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2010, *NTFR* 2010/1730.
Rb. Arnhem 17 juni 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM8588, *NTFR* 2010/1683.
Rb. Almelo 2 september 2010, *AWB* 09/5811.
Rb. 's-Gravenhage 9 februari 2011, *NJF* 2011/136.
Rb. Haarlem 4 april 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0063.
Rb. Utrecht 17 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ5140.

Rb. Amsterdam 23 juni 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ9001.
Rb. Arnhem 7 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR0659, *NJ* 2011/427.
Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 2011, nr. 10/43525.
Rb. 's-Gravenhage (sectie kanton) 2 november 2011, *JAR* 2011, 305.
Rb. 's-Gravenhage 1 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8668.
Rb. Zwolle 20 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4235.
Rb. 's-Gravenhage 18 september 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8027.
Rb. Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY4758.
Rb. Noord-Holland 13 augustus 2013, *NTFR* 2014/359.
Rb. Noord-Holland 5 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:10428.
Rb. Midden-Nederland 29 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ7311.
Rb. Rotterdam 25 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8599.
Rb. 's-Gravenhage 10 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14365.
Rb. Noord Nederland 28 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3626.
Rb. Noord-Holland 8 september 2016, nr. 15/720112-14, ECLI:NL:RBNHO:2016:7557.
Rb. Gelderland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:275
Rb. Oost-Brabant 15 februari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:762.

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET HOGER ONDERWIJS

CBHO 17 april 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA5616, *AB* 2007, 151.

COMMISSIE GELIJKE BEHANDELING

CGB 7 augustus 1995, oordeel 95-31.
CGB 21 maart 1997, oordeel 1997-23.
CGB 26 maart 1997, oordeel 1997-24.
CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94.
CGB 9 februari 1999, oordeel 99-18.
CGB 9 september 1999, oordeel 99-38
CGB 22 december 1999, oordeel 99-103.
CGB 3 augustus 2000, oordeel 00-51.
CGB 6 september 2000, oordeel 2000-63.
CGB 5 maart 2002, oordeel 2002-22.
CGB 13 augustus 2002, oordeel 200-111.
CGB 20 maart 2003, oordeel 2003-40.
CGB 23 juli 2004, oordeel 2004-95.
CGB 1 september 2004, oordeel 2004-110.
CGB 20 mei 2005, oordeel 2005-86;
CGB 27 maart 2006, oordeel 2006-51.
CGB 25 juli 2006, oordeel 2006-159.

CGB 5 oktober 2006, oordeel 2006-202.
CGB 7 november 2006, oordeel 2006-220.
CGB 16 april 2007, oordeel 2007-61.
CGB 15 juni 2007, oordeel 2007-100.
CGB 9 september 2008, oordeel 2008-112.
CGB 6 mei 2009, oordeel 2009-36.
CGB 7 januari 2011, oordeel 2011-2.
CGB 1 juli 2011, oordeel 2011-102.

COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

CRM 1 oktober 2013, oordeel 2013-120(-122).
CRM 7 augustus 2014, oordeel 2014-93.
CRM 3 april 2015, oordeel 2015-30.
CRM 30 juni 2015, oordeel 2015-76.
CRM 11 december 2017, oordeel 2017-145.

Trefwoordenregister

De nummers verwijzen naar (sub)paragrafen.

- aanstelling der onderwijzers 19.4
- aanvraag verblijfsvergunning 5.1
- accommodationisme 4.6, 20.2.1
- afschaffen godsdienstvrijheid 1.2, 20.2.5
- afscheiding van 1834 4.3.4, 13.2
- atheïsme 4.4.2, 13.2
- atheïstische staat 4.4.2
- algemeen nut 15.2
- ambtsdrager 8.4
- anarchie 3.5
- ANBI-status 15
- Anti-Revolutionaire Partij 4.5.3, 9.3.3, 21.2.5
- antisemitisme 10.2
- antroposofie 3.2.3
- Arrowsmith-arrest 2.2.4-2.2.5, 3.2.1, 3.6
- Auditing 15.3
- autonomie religieuze organisatie 4.5.2-4.5.3, 14.1-14.3, 20.2.2
- autonome uitleg 3.4, 3.5, 3.6
- Basisregistratie Instellingen (BRIN) 18.3
- Bataafse Staatsregelingen 13.2, 15.4
- Batayan-arrest 3.6
- begrijpelijkheid 2.2.4, 21.4.1
- bekeringen 18.2
- belangenafweging 2.2.6, 2.2.7, 2.2.10, 2.2.11, 21.1, 21.4.3
- belangrijkheid 2.2.4, 21.4.1
- belastinginspecteur 15.2, 15.3
- belijden 2.2.2-2.2.5, 2.2.8-2.2.10
- belofte 8.2
- beperkingsclausule 1.3, 2.1, 2.2.6-2.2.11
- bezinningsbijeenkomst 16.2.2
- bijzonder onderwijs 18.1-18.7
- boerka 7.1-7.4
- boerkaverbod 7.2
- calvinisme 2.4, 14.4
- Cha' are Shalom Ve Tsedek-arrest 6.5.1
- Consensus 1.3, 21.2.3
- consistentie(-test) 3.3.2, 19.4, 21.4.2
- contex-benadering 2.2.8
- contextualisme 21.2.4
- context van een uitlating 11.1
- contemporaine liberalisme 21.2.5
- combinatie van richtingen 18.6
- commerciële activiteiten 14.4, 15.2-15.3
- communautarisme 4.5
- Corpus Christianum 4.2
- cuius regio, eius religio 4.2
- crucifix 17.4
- daad van vervolging 5.2, 5.4
- definiëren, definitie 1.3
- deskundige 3.3.1, 3.5
- deugdelijkheidseisen 19.2
- dienstweigering 3.6
- dictatuur van de meerderheid 3.5
- Dignitatis Humanae 4.5.3, 21.2.5
- directe uitdrukking van godsdienst 2.2.5, 4.3.4, 4.6.2, 21.2.4
- discretievereiste 5.4.2
- discriminatiegrond 2.3, 10.2, 19.4.1
- doelstelling 15.2-15.5

Doodse hand, instellingen van 16.3
 droit divin 4.2.2
 Durkheim, Émile 3.5

eed 8.1-8.5
 eedsformule 8.3-8.4
 eenheid van de wet 2.1, 3.4
 erkenning 1.3
 eredienst 16.2.1
 eredienstvrijstelling 16.1-16.4
 erfenis 15.1
 ethische onafhankelijkheid 21.2.5, 21.3.4
 etnocentrisme 21.2.2
 evolutietheorie 2.2.4, 19.2, 21.3.2
 Eweida-arrest 2.2.5, 3.6, 7.3.6
 existentieel belang 21.2.5

feitelijke omstandigheden 15.2-15.3, 16.2-16.3
 financiële druk 20.3, 21.3.3
 forum internum, forum externum 2.2.2, 4.3.2, 4.6.2, 5.4.2
 Franse revolutie 4.2.2, 4.5.3
 fundamenteel karakter 10.3

gangbaar spraakgebruik 16.2.2
 gelijkheidsbeginsel 1.3, 2.3, 3.6, 21.2.4
 gemeenschappelijke godsverering 13.2
 gewetensbezwaar 12.1
 gewetensdrang 12.1
 gewetensvrijheid 1.1, 2.2.2
 geweld, verheerlijking van 3.3.2, 3.5, 21.3.4
 gezindtecultuur 4.1, 4.3.4
 grammaticale interpretatie 16.2.1
 groepskenmerk 10.2
 grondrechtsobject 1.2, 2.1-2.4
 grondslag, godsdienstige 19.4
 Godsidee/ Godsbegrip 9.2
 Goeree, echtpaar 11.2
 godslastering 9.1-9.7

Groen van Prinsterer, Guillaume 14.2

Hasan & Chaush-arrest 13.2
 handen schudden 3.6, 7.3.4
 heuristisch concept 21.2.5
 Hermans, Willem Frederik 10.3
 hoofddoek 7.1- 7.4, 17.4, 19.4.2
 hoofdzaak 16.2.4
 homoseksualiteit 11.2, 11.4, 19.4.3
 humor 21.4.1
 huwelijk 11.4, 14.4, 19.4.3

ideaaltypen 4.1
 identiteitsbewijs 3.5, 12.3
 identiteitskaart 1.5, 2.2.5-2.2.6, 21.3
 Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) 5.3
 individualisering 1.2, 3.6, 4.5.3, 21.2.4
 individualisme 21.2.3
 inkomstenbelasting 15.1
 inrichtingsvrijheid 14.1, 19.1
 interpretatieve terughoudendheid 3.2.1, 4.3.3, 21.5
 islam 1.5

jongensbesnijdenis 3.2.3

kerkelijke instelling 15.3
 kerkgenootschap 13.2
 kerkgoederen 3.2.1, 16.3
 kernrechtbenadering 4.3.2, 4.6.2, 5.4.2
 klokgelui 2.2.9
 klooster 14.1, 15.3
 kringenrechtspraak 4.5.3
 kwalificeren, kwalificatie 1.3
 Kuyper, Abraham 4.5.3, 21.2.5

Lautsi-jurisprudentie 2.2.3, 17.4
 leermiddelen 2.4, 4.3.2, 4.5.3, 19.2
 leerplicht 18.4
 leerplichtambtenaar 18.4

- levensbeschouwelijke instelling 15.2
levensovertuiging 1.6
liberaal gezindtepluralisme 4.3
Locke, John 4.3.2-4.3.4
- maatschappelijke opvattingen 3.3.1
Maimonides-arrest 19.4.2
menselijke waardigheid 2.2.4, 21.2.5
Millet-systeem 4.5.2
misbruik van recht(en) 21.3.1, 21.4.1
moslimterroristen 9.5, 12.1
motie Schrijver c.s. 9.4
multiculturalisme 4.6.1
- natuurrecht 4.2.2, 4.4.1
Nederlandse Hervormde Kerk 2.4, 4.2.1, 14.4.
neutraliteit 1.5, 4.3.3, 4.6.1
neutraliteitsgebod 17.1
nikaab 7.1-7.4
normenhiërarchie 2.1
Nussbaum, Martha 4.6
- objectiverende uitleg 3.3
objectieve maatstaven 3.3
Onderwijsraad 18.2, 18.4-18.6
onroerende zaak 16.2.3
onroerendezaakbelasting 16.2.3
ontzuiling 1.2, 18.2
ongelijke behandeling 2.3, 3.5, 21.2.4
openbaar onderwijs 17.1-17.5
oprechtheid 21.3.1, 21.4.2
oprechtheidstoets 21.4.2
oprichting school 18.5
overtuigingsdader 12.1
overwegend bezwaar 18.3
- pastafarisme 2.2.4, 13.3, 15.4, 21.4.1
pedagogische visies 18.2
pedofiel 19.4.2
positieve verplichting gods-
dienstvrijheid 9.3.2
publiek domein 4.3.2, 4.6.2, 5.4.2
pragmatisme 21.2.2
prejudiciële vraag 5.4.1
privédomein 4.3.2, 4.6.2, 5.4.2
Protestantse Kerk in Nederland 2.4
psychische overmacht 1.6, 12.1-12.4
- redelijke uitleg 2.2.9
rechtspositivisme 4.4.1
rechtszekerheid 2.1, 3.3.2, 21.2.1, 21.3.4
Refah Partisi-arrest 4.2.1, 4.3.3, 4.5.2, 21.3.2
reformatie 4.2.2
religieuze gemeenschap 2.4, 14.4
religiositeits-eis 13.2, 14.4
Respublica Christiana 4.2.2
richting 18.2-18.4
richtingsbezwaren 18.4
rituele slacht 6.1-6.7
rokerskerk 14.4
Rooms-Katholieke Kerk 2.4, 14.1, 14.4
- salafisme 18.4, 21.3.2, 21.4.3
samenhang 2.2.4, 21.2.2, 21.4.1
samenloop 2.2.11, 2.3, 21.3.4
Santo Daime-arrest 3.3.1, 13.3, 14.4
S.A.S.-arrest 7.3
scheiding tussen kerk en staat 1.3, 2.1, 3.2.1, 4.3.3
schenk- en erfbelasting 15.1
schoolstrijd 17.2
Scientology 15.3
Serieusheid 2.2.4, 21.4.1, 21.4.2

secularisatie, secularisering 1.3, 3.6
 secularisme 4.4
 selectie van leerkrachten en leerlingen 19.4
 Sint Walburga-arrest 2.2.4, 13.3
 soevereiniteit Gods 4.5.3, 21.2.5
 soevereiniteit in eigen kring 4.5.3, 9.3.3, 21.2.5
 sola scriptura 2.4, 14.4
 spiritualiteit 14.5, 15.2
 staatscommissie Anema (1922) 13.2
 staatsgodsdienst 4.2.1
 statuut kerkgenootschap 13.2, 14
 stichting school 18.5
 strafuitsluitingsgrond 12.1
 subjectiverende uitleg 3.2
 subsidiariteit 1.2, 4.5.3, 20.3
 sui generis rechtspersoon 13.2
 sur-place-zaken 5.4.3
 trias politica 1.3, 2.1

 theocratie 4.2
 Thorbecke, Johan Rudolph 2.2.2, 14.2, 17.2
 Thieme 6.6
 thuisonderwijs 18.4
 training 15.3
 triniteit 9.2
 Tweede Vaticaanse Concilie 4.5.3, 21.2.5

 Unie van Utrecht 1.1, 2.2.2
 Universele Verklaring 1.1, 2.2.5

 vastklikbenadering 2.2.11, 2.3
 Van Dijke-zaak 11.3, 11.4
 Van het Reve 9.6
 Verspreidingsjurisprudentie 2.2.12, 21.3.4
 verlichting 4.4.2
 vervoerskosten 18.3
 vervolgingsgrond 5.2

vliegend spaghettimonster 2.2.4, 13.3, 14.4 21.4.1
 Vluchtelingenverdrag 5.2
 Vrede van Augsburg 4.2.2
 vrijheid 2.2.10
 vrijheid van meningsuiting 1.2, 9.4, 11.3, 21.3.4
 vrijmetselarij 15.3

 welbepaalde godsdiensten 18.4
 wetenschapsideaal, rationeel 4.2.2, 4.4.2
 wetshistorische interpretatie 1.3
 Wilders, Geert 10.3

 zelfbeschikking 4.3.1
 zelfregulering 4.5.1, 14.1, 19.1, 21.2.3
 zelfstandige onderdelen 14.4
 zelfdefinitie 3.2.2, 3.5, 21.2.5

Dankwoord

Danken is erg belangrijk. In veel religieuze tradities wordt uitvoerig gedankt. Gelovigen danken hun God voor het bestaan en voor het goede dat hun in het bestaan is 'toe-gevallen'. Door te danken realiseert men zich dat deze zaken geen vanzelfsprekendheid zijn. Het feit dat we in een veilig en vrij land leven met universiteiten waaraan mensen met plezier proefschriften kunnen schrijven is ook iets waarvoor gedankt mag worden, in het bijzonder wanneer die proefschriften gaan over zoiets kwetsbaars en explosiefs als de vrijheid van godsdienst.

Behalve dat ik in algemene zin mijn dankbaarheid wil uitspreken voor het 'toe-val' dat ik een proefschrift heb mogen schrijven, wil ik ook meer concreet een kort woord van dank richten aan allen die als onderdelen van dit 'toe-val' op enigerlei wijze hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit proefschrift. Op inhoudelijk gebied, maar zeker ook, en minstens zo belangrijk, op sociaal gebied.

In het bijzonder wil ik Ben Vermeulen en Roel Schutgens noemen. Dit proefschrift is op de eerste plaats het resultaat van het vertrouwen dat zij in mij stelden. Voor hun vertrouwen en de vrijheid die ze mij boden om mijn eigen weg te vinden, ben ik ze zeer dankbaar. Ik had mij waarlijk geen betere promotoren kunnen wensen.

Dank gaat ook uit naar de leden van de beoordelingscommissie voor de opmerkingen die ik op het manuscript heb mogen ontvangen.

Hannie van de Put dank ik voor een nauwgezette correctie van het manuscript en het aanleggen van het jurisprudentieregister.

Veel heb ik gehad aan de vruchtbare gesprekken over mijn proefschrift-onderwerp met mijn Nijmeegse collega's. Ze gaven vaak nuttige adviezen.

Een proefschrift schrijven in een gezellige omgeving heb ik als een voorrecht mogen ervaren. Ook daarvoor dank ik mijn Nijmeegse collega's.

Tot slot wil ik mijn familie en vrienden bedanken voor hun interesse in mijn werkzaamheden en de vele andere manieren waarop zij aan de voltooiing van dit proefschrift hebben bijgedragen.

Curriculum vitae

Jos Vleugel werd geboren op 5 februari 1983 te Tiel. Hij studeerde rechten en wijsbegeerte. Van 2010-2011 was hij als wetenschappelijke medewerker verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg. Sedert 2012 is hij als junior docent werkzaam bij de sectie Algemene Rechtswetenschap van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Vanaf september 2018 werkt hij als universitair docent Staatsrecht bij het departement Rechtsgeleerdheid van de Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht.

Serie Staat en Recht

In de Serie Staat en Recht van het Onderzoekcentrum voor Staat en Recht* zijn verschenen:

1. J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving. Een vergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse, Duitse en Nederlandse recht* (2010)
2. L.A. Kjellevold Hoegge, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden* (2011)
3. P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (2011)
4. P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, D.E. Bunschoten, D.J. Elzinga, M. Herweijer, M.A.D.W. de Jong & H.G. Warmelink, *Constitutionele normen en decentralisatie. Een evaluatie van Hoofdstuk 7 Grondwet* (2011)
5. H. Broeksteeg & A. Terlouw (red.), *Overheid, recht en religie* (2011)
6. M. Laemers, *Morren in de marge van de rechtspraak. Klagen over rechters, gerechtsambtenaren en de rechterlijke organisatie* (2011)
7. A. Terlouw & K. Zwaan, *Tijd en asiel. 60 jaar vluchtelingenverdrag* (2011)
8. F.F. Larsson, *De EU-richtlijn over opvang van asielzoekers. Opvangvoorzieningen in Nederland en Frankrijk en de rechtsbescherming tegen het onthouden van opvang* (2011)
9. J.D.A. den Tonkelaar & K.G. de Vries (red.), *Omgangsvormen tussen politici en rechters* (2011)
10. R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole & A.G.A. Nijmeijer (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht* (2012)
11. E.L. de Jongh, *De rechtsgronden voor nadeelcompensatie in rechtshistorisch perspectief* (2012)
12. L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen* (2012)
13. P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.G.J.M. van der Staak, *Een meewerkverplichting bij grootschalig DNA-onderzoek in strafzaken?* (2013)
14. P.J.P. Tak, *Slachtoffer-dader mediation in het strafrecht* (2013)
15. A. Böcker & A.B. Terlouw (red.), *De gelaagdheid van de vreemdelingenregeling in historisch en vergelijkend perspectief* (2013)

* Bezoek www.kluwerstaatsenbestuursrecht.nl/categorie/boeken/ster voor meer informatie over deze serie.

16. P.H.P.H.M.C. van Kempen, C.J.M. Klaassen, R.J.N. Schlössels & J.J. Dammingh (red.), *Hoger beroep: renovatie en innovatie. Het appel in het burgerlijk, straf- en bestuursprocesrecht* (2014)
17. S.D.P. Koele, *Het beheerplan voor Natura 2000-gebieden. Een onderzoek naar de effectiviteit van het beheerplan, mede in relatie tot andere planfiguren in het omgevingsrecht* (2014)
18. P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova, *Internationaal recht en cannabis. Een beoordeling op basis van VN-drugsverdragen en EU-drugsregulering van gemeentelijke en buitenlandse opvattingen pro regulering van cannabisgebruik voor recreatief gebruik* (2014)
19. R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (2014)
20. A.G.D. Overmars, *Codes en convenanten: (zelf)regulering van studentenmigratie naar Europa* (2014)
21. P.P.J.L. van Peteghem, *De Nederlanden en het Vrijgraafschap Bourgondië tussen paus en keizer. De rol van het apostolische indult in de staatkundige centralisatie en desintegratie onder Karel V (1500-55-58+)* (2015)
22. D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (2015)
23. H. Broeksteeg & R. Tinnevelt (red.), *Politieke partijen als anomalie van het Nederlandse staatsrecht* (2015)
24. R. Baas, T. Havinga, M. Laemers & H. den Tonkelaar (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen* (2015)
25. J. Sluysmans, S. Verbist & E. Waring (eds), *Expropriation Law in Europe* (2015)
26. J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest – Doorwerking, consequenties, perspectieven* (2015)
27. P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova, *'Foreign terrorist fighters': strafbaarstelling van verblijf op een terroristisch grondgebied?* (2015)
28. F. Diepenmaat, *De Nederlandse strafbaarstelling van witwassen. Een onderzoek naar de reikwijdte en de toepassing van artikel 420bis Sr* (2016)
29. B. de Kam, *De intrekking van beschikkingen, mede in Europees en rechtsvergelijkend perspectief* (2016)
30. P.H.P.H.M.C. van Kempen & M.I. Fedorova, *Internationaal recht en cannabis II. Regulering van cannabisgebruik en -handel voor recreatief gebruik: positieve mensenrechtenverplichtingen versus VN-drugsverdragen* (2016)
31. T. Kraniotis, *Het vertrouwensbeginsel bij de interstatelijke samenwerking in strafzaken* (2016)
32. D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (2017)
33. M.A.D.W. de Jong, W. van der Woude, W.S. Zorg, J.L.W. Broeksteeg, R. Nehmelman, I.U. Tappeiner, H.R.B.M. Kummeling, *Orde in de openbare orde. Een onderzoek naar verbetering van de toepasbaarheid en inzichtelijkheid van het openbare-orderecht* (2017)

34. Th.J. Thurlings, *Verhandelbare emissierechten in broeikasgassen. De Nederlandse implementatie van het Europees emissiehandelsstelsel in de periode 2013-2020 (inclusief luchtvaart)* (2017)
35. J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (2018)
36. S.P. Poppelaars, *Het nationale budgetrecht en Europese integratie. De juridische consequenties van Europese integratie voor het Nederlandse en het Duitse budgetrecht* (2018)
37. G. Pesselse, *Verlofstelsels in strafzaken. De toelaatbaarheid van het bezwaarvereiste, het verlofstelsel in hoger beroep en het selectiestelsel in cassatie onder de mensenrechten op beroep en een eerlijk proces* (2018)
38. L.E. de Groot-van Leeuwen, R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens, A.B. Terlouw, D. Venema (red.), *Het verhaal van de rechter. Rechtspraak in verleden, heden en toekomst* (2018)
39. S.M.A. Lestrade, *De strafbaarstelling van arbeidsuitbuiting in Nederland. Een toetsing op basis van internationale en Europese mensenrechten, anti-mensenhandelregelgeving en de grondslagen van het strafrecht* (2018)
40. F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (2018)
41. R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen, A.M.M.M. Bots & J.A.F. Peters (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig betuursrecht* (2018)
42. J.W.M.M.J. Hessels, *Raad zonder raadgevers? Ambtelijke bijstand en fractieondersteuning na invoering van de Wet dualisering gemeentebestuur* (2018)
43. A. Vleugel, *Het juridisch begrip van godsdienst* (2018)